Franz-Josef Peus

DIE GENEHMIGUNG DER AUFSICHTSBEHÖRDE ZUR KREDITAUFNAHME DER GEMEINDE

Zugleich ein Beitrag zur präventiven Kommunalaufsicht

1977

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547208_0018

Die Genehmigung der Aufsichtsbehörde zur Kreditaufnahme der Gemeinde

- Zugleich ein Beitrag zur präventiven Kommunalaufsicht -

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte durch den Fachbereich Rechtswissenschaft der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Franz-Josef Peus

aus Münster

1977

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter: Professor Dr. Menger

Zweiter Berichterstatter: Professor Dr. Dr. Pagenkopf

Dekan: Professor Dr. Achterberg

Tag der mündlichen Prüfung: 15.7.1977

Inhalt

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	X
Literaturverzeichnis	XIII
Einleitung	1
1. Abschnitt Die aufsichtsbehördliche Genehmigung zu gemeindlichen Kreditaufnahmen in der geschichtlichen Entwicklung	3
§ 1 Die Entwicklung bis zum Ende des ersten Welkriegs	3
I. Das preußische Allgemeine Landrecht	3
II. Die Städteordnung vom 19. November 1808	5
III. Die revidierte Städteordnung von 1831	10
IV. Die östliche, die westfälische und die rheinische Städteordnung	13
§ 2 Vom Ende des Ersten Weltkriegs bis zum Erlaß der Deutschen Gemeindeordnung	19
I. Inflation und wachsende Verschuldung der Gemeinden im In- und Ausland	19
II. Die Weltwirtschaftskrise	25
III. Gemeindeumschuldungsgesetz 1933 und Reform des preußischen Gemeinderechts	28
§ 3 Von der Deutschen Gemeindeordnung bis zur Haushaltsreform 1972/73	30

Seite

I. Die Deutsche Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935 30

II. Die Zeit nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs 36

§ 4 Die Haushaltsreform 40

I. Die Reformgesetzgebung 40

II. Gründe für die Reform 41

1. Nutzbarmachung der gesamten öffentlichen Haushaltwirtschaft für die Konjunktursteuerung 41

2. Reformbedürftigkeit des kommunalen Haushaltsrechts aus sich selbst heraus 45

III. Überblick über die haushaltsmäßige Behandlung von Kreditaufnahmen nach geltendem Recht 46

2. Abschnitt

Rechtliche Einordnung der Genehmigungsvorbehalte 51

§ 5 Die Genehmigungsvorbehalte - Mittel der Kommunalaufsicht oder Mitwirkungsrechte des Staates? 51

I. Das Problem 51

II. Arten der Staatsaufsicht über die Gemeinden 51

III. Anerkannte Mittel der Kommunalaufsicht 55

IV. Die Genehmigungsvorbehalte bei der Aufnahme von Krediten und Kassenkrediten als präventive Mittel der Kommunalaufsicht 56

Seite

1. Überblick über die Genehmigungsvorbehalte in den Gemeindeordnungen 56

2. Der Meinungsstand 59

3. Kritik und eigene Lösung 64

§ 6 Der Aufsichtsmaßstab bei der Ausübung der Genehmigungsvorbehalte 70

I. Das Problem 70

II. Der Aufsichtsmaßstab nach den Gemeindeordnungen 72

III. Verbot einer Zweckmäßigkeitskontrolle aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG? 77

1. Zum Inhalt des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG 78

2. Der Meinungsstand 82

a) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 82

b) Die Ansichten in der sonstigen Rechtsprechung und in der Literatur 86

3. Kritik und eigene Lösung 88

a) Zweckmäßigkeitskontrolle wegen des Vorbehalts "im Rahmen der Gesetze" in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG? 88

b) Grammatisch-logische Auslegung des Begriffs der Selbstverwaltung 90

c) Historische Auslegung der Selbstverwaltungsgarantie 92

aa) Zur Bedeutung der geschichtlichen Entwicklung für die Auslegung von Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG 92

Seite

bb) Der Aufsichtsmaßstab bei den Mitteln der Kommunalaufsicht mit Ausnahme der Genehmigungsvorbehalte 93

cc) Der Aufsichtsmaßstab bei den Genehmigungsvorbehalten 97

IV. Beschränkung auf eine Gesetzmäßigkeitskontrolle durch die Landesverfassungen? 99

§ 7 Die Genehmigung als Wirksamkeitsvoraussetzung 100

I. Die Genehmigung von Rechtsgeschäften 100

II. die Genehmigung von Satzungen 102

3. Abschnitt 104

Die Voraussetzungen der Erteilung der einzelnen Genehmigungen zur Kreditaufnahme der Gemeinde 104

§ 8 Die Genehmigung der Haushaltssatzung hinsichtlich des Gesamtbetrags der im Vermögenshaushalt vorgesehenen Kreditaufnahmen 104

I. Die "geordnete Haushaltswirtschaft" als Genehmigungskriterium 105

II. Die Elemente einer "geordneten Haushaltswirtschaft" 106

1. Fähigkeit zur stetigen Aufgabenerfüllung - dauernde Leistungsfähigkeit 108

a) Zum Begriff 108

b) Der Inhalt der Verpflichtung - Beachtung der "Schuldendienstgrenze" 109

Seite

2. Beachtung der Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts 114
a) Zum Begriff 114
b) Geltung dieses Grundsatzes auch für die Kreditaufnahme? 115

3. Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit 122

4. Ausgeglichenheit des Haushaltsplans 123

5. Kreditaufnahmen nur für gesetzlich zulässige Zwecke 124

6. Subsidiarität der Kreditaufnahme 126

III. Anspruch der Gemeinde auf Erteilung der Genehmigung bei Vereinbarkeit der Kreditermächtigung mit einer geordneten Haushaltswirtschaft? 131

1. Das Problem 131
2. Die geordnete Haushaltswirtschaft als unbestimmter Rechtsbegriff 132

3. Ermessen der Aufsichtsbehörde aus dem Gesichtspunkt der "Sollvorschrift"? 133

4. Versagung der Genehmigung aus anderen Gesichtspunkten als dem einer geordneten Haushaltswirtschaft? 138

5. Ergebnis 142

IV. Erteilung der Genehmigung auch wenn die dauernde Leistungsfähigkeit der Gemeinde nicht gesichert ist? 142

1. Die Rechtslage in Rheinland-Pfalz 142

2. Die Rechtslage nach den übrigen Gemeindeordnungen 143

Seite

a) Der Genehmigungsvorbehalt als Ermächtigung zur Befreiung von einem repressiven Verbot 143
b) Voraussetzungen einer Befreiung 144
c) Beispiele von Fallgestaltungen, in denen eine Ausnahmebewilligung in Betracht kommt 147
aa) Bedarfszuweisungen zu erwarten 147
bb) Kreditaufnahmen zur Finanzierung unaufschiebbarer Investitionen erforderlich 149
cc) Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen 150
dd) Ausnutzung von Konjunkturförderungsmitteln 151

3. Kritik an der Formulierung des Gesetzes 153

V. Erteilung der Genehmigung unter Bedingungen und Auflagen 154

1. Genehmigung unter Bedingungen 155
a) Begriff und Wirkung einer Bedingung 155
b) Beispiele denkbarer Bedingungen 155
c) Vereinbarkeit einer bedingten Satzungsgenehmigung mit dem Rechtsstaatsprinzip 157

2. Genehmigung unter Auflagen 160
a) Begriff und Wirkung einer Auflage 160
b) Denkbare Auflagen 163
c) Unzulässige Auflagen 165

Seite

VI. Erteilung der Genehmigung mit Maßgaben? 168

1. Begriff und Wirkung einer Genehmigung mit Maßgaben 168

2. Zulässigkeit einer Satzungsgenehmigung mit Maßgaben 170

VII. Genehmigung nur eines Teils der Kreditermächtigung? 174

§ 9 Die Genehmigung der Haushaltssatzung hinsichtlich des Höchstbetrags der Kassenkredite 176

I. Der Genehmigungsvorbehalt 176

II. Kriterien der Genehmigungserteilung 177

§ 10 Der Vorbehalt der Einzelgenehmigung in Hessen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein 180

I. Der Genehmigungsvorbehalt 180

II. Voraussetzungen des Vorbehalts der Einzelgenehmigung 181

III. Voraussetzungen der Erteilung der vorbehaltenen Einzelgenehmigung 184

§ 11 Die Einzelgenehmigung nach Erlaß einer Rechtsverordnung aufgrund von § 19 StWG 187

I. Voraussetzungen und Umfang der Genehmigungspflicht 187

II. Erteilung der Genehmigung bei Vereinbarkeit der Kreditaufnahme mit den Beschränkungen der Verordnung 190

Seite

III. Erteilung der Genehmigung bei Zuweisungen nach § 20 Abs. 2 S. 3 und § 21 S. 2 StWG 192

IV. Bisherige Erfahrungen mit dem Genehmigungsvorbehalt 194

§ 12 Die Einzelgenehmigung aufgrund einer Landesverordnung 196

I. Vorausetzungen des Erlasses der Rechtsverordnung 196

II. Gesetzgebungskompetenz des Landes 198

III. Kriterien der Genehmigungserteilung 201

1. Verbot der Aufnahme "schädlicher" Kredite 202

2. Vereinbarkeit des Verbots mit Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG? 204

a) Regelungen des Selbstverwaltungsrechts nur in den Grenzen des Rechtsstaatsprinzips 204

b) Beachtung des Rechtsstaatsprinzips durch das Verbot 205

aa) Normklarheit und Justitiabilität 205

bb) Übermaßverbot 206

(1) Die bayerische Regelung 207

(2) Die Regelungen in den anderen Bundesländern 209

3. Ausnahmen von dem Verbot? 212

a) Nach Art. 71 Abs. 5 bayGO 212

b) Nach den übrigen Gemeindeordnungen 212

Seite

§ 13 Die Einzelgenehmigung bei vorläufiger Haushaltsführung 215

I. Die Kreditaufnahme vor Bekanntmachung der neuen Haushaltssatzung 215

II. Voraussetzungen der Genehmigungserteilung 217

§ 14 Die Genehmigung von Rechtsgeschäften, die wirtschaftlich einer Kreditaufnahme gleichkommen 222

I. Sachlicher Umfang der Genehmigungspflicht 222

II. Ausnahmen von der Genehmigungspflicht 225

III. Kriterien der Genehmigungserteilung 227

§ 15 Die Zulassung von Ausnahmen vom Verbot der Kreditbesicherung 228

I. Das Verbot 228

II. Voraussetzungen der Zulassung einer Ausnahme 231

1. Üblichkeit der Kreditbesicherung

2. Die Entscheidung der Aufsichtsbehörde - gebundener Verwaltungsakt oder Befreiung von einem repressiven Verbot? 232

Abkürzungsverzeichnis

AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz
AfK	Archiv für Kommunalwissenschaften
AGO	(pr.) Allgemeine Gerichtsordnung
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
AmtsO	Amtsordnung
BauR	Baurecht
bawü	baden-württembergisch
bay	bayerisch
BayVwZVG	Bayer. Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetz
BB	Der Betriebsberater
Begr.	Begründung
BekanntmVO	(nw) Bekanntmachungsverordnung
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BK	Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar)
BR	Bundesrat
BT	Bundestag
Drucks.	Drucksache
DVO	Durchführungsverordnung
Einf.	Einführung
Erl.	Erläuterung, Erlaß
Fn.	Fußnote
G	Gesetz
G 131	Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Art. 131 des Grundgesetzes fallenden Personen
GemH	Der Gemeindehaushalt
GewStG	Gewerbesteuergesetz
GO	Gemeindeordnung

GrStG	Grundsteuergesetz
G.S.	Preußische Gesetzsammlung
GUG	Gemeindeumschuldungsgesetz
HdBKWP	Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, hrsg. von Hans Peters, 3 Bände, Berlin usw. 1956, 1957, 1959
HGrG	Haushaltsgrundsätzegesetz
JW	Juristische Wochenschrift
KG	Kammergericht
krit.	kritisch
KStZ	Kommunale Steuer-Zeitschrift
LS	Leitsatz
LT	Landtag
LVG	(pr.) Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung
MBliV	Miniterialblatt für die Preußische innere Verwaltung
MdI	Minister, Ministerium des Innern
ns	niedersächsisch
n.v.	nicht veröffentlicht
nw	nordrhein-westfälisch
OBG	(nw)Ordnungsbehördengesetz
öStO	Städte-Ordnung für die sechs östlichen Provinzen der Preußischen Monarchie
pr.	preußisch
RdErl.	Runderlaß
revStO	Revidirte Städte-Ordnung für die Preußische Monarchie
rhpf	rheinland-pfälzisch
rhStO	Städte-Ordnung für die Rheinprovinz
RMI	Reichsminister des Innern
RVBl.	Reichsverwaltungsblatt
Rz.	Randziffer

S.	Satz, Seite, siehe
saar	saarländisch
sh	schleswig-holsteinisch
SKV	Staats- und Kommunalverwaltung
Sp.	Spalte
StO	Städteordnung
StO 1808	Preußische Städteordnung vom 19. November 1808
StT	Der Städtetag
StWG	Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft (Stabilitätsgesetz)
VerwVO	Verwaltungsverordnung
VO	Verordnung
VwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz
westfStO	Städte-Ordnung für die Provinz Westfalen
WoBindG	Wohnungsbindungsgesetz
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZG	(pr.) Zuständigkeitsgesetz

Literaturverzeichnis

Badura, Peter	Rechtsetzung durch Gemeinden, in: DÖV 1963, S. 561
Barion, Hans	Die sozialethische Gleichschaltung der Länder und Gemeinden durch den Bund, in: Der Staat 1964, S. 1
Barocka, Egon	Aufgaben und Befugnisse der Aufsichtsbehörde bei der Genehmigung von Gemeindesatzungen, in: DVBl. 1963, S. 704
-	Kommunalkredit und kommunale Finanzwirtschaft, Frankfurt 1958
Bayrhoffer, Walther/ Fuchs, Herbert	Das Gemeindeumschuldungsgesetz, 2. Aufl., Eberswalde und Berlin 1934
Becker, Erich	Die Entwicklung der deutschen Gemeinden und Gemeindeverbände im Hinblick auf die Gegenwart, in: HdBKWP I, Berlin usw. 1956, S. 62
-	Die Selbstverwaltung als verfassungsrechtliche Grundlage der kommunalen Ordnung in Bund und Ländern, in: HdBKWP I, Berlin usw. 1956, S. 113
-	Gemeindliche Selbstverwaltung, 1. Teil, Grundzüge der gemeindlichen Verfassungsgeschichte, Berlin 1941
-	Kommunale Selbstverwaltung, in: Bettermann, Karl August/Nipperdey, Hans Carl, Die Grundrechte, Vierter Band, 2. Halbband, Berlin 1962, S. 673
Bettermann, Karl August	Verfassungswidriger Emissionsstop, in: BB 1969, S. 699
Bock, Ingeborg	Die Rechtsnatur der Genehmigung kommunaler Satzungen, in: BayVBl. 1962, S. 369

Bonse, Egbert	Die Entlastung der leitenden Gemeindebeamten, Stuttgart 1972
Borchert, Hartmut	Kommunalaufsicht und kommunaler Haushalt, Siegburg 1976
Bornhak, Conrad	Geschichte des Preußischen Verwaltungsrechts, 3 Bände, Berlin 1884, 1885, 1886
Botzenhart, Erich/ Hubatsch, Walther (Hrsg.)	Freiherr vom Stein, Briefe und amtliche Schriften, Siebenter Band, neu bearbeitet von Alfred Hartlieb von Wallthor, Stuttgart usw. 1969
Buck, L.	Das Recht der kommunalen Finanzverwaltung, in: Stier-Somlo, Fritz (Hrsg.), Handbuch des kommunalen Verfassungs- und Verwaltungsrechts in Preußen, Zweiter Band, II. Hauptteil, Oldenburg i. Gr. 1917
Bückmann, Walter	Planung, Kreditbeschränkung und kommunale Selbstverwaltung, in: AfK 13 (1974), S. 63
David, Joachim	Die Satzungsgewalt der Gemeinden in Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl., Münster 1961
Delius,	Die Gemeindeschulden, in: RVBl. 1936, S. 134
Depiereux, Stefan	Das neue Haushaltsrecht der Gemeinden, 5. Aufl., Siegburg 1975
-	Gemeindehaushalt und Konjunkturpolitik, in: GemH 1974, S. 5
Deus, Hans	Die aufsichtsbehördliche Genehmigung von Satzungen der Gemeinden, in: SKV 1970, S. 284
-	Die aufsichtsbehördlichen Befugnisse aufgrund der Genehmigungsvorbehalte im Satzungsrecht, in: SKV 1970, S. 318
Deutscher Städtetag	Reichs-Städteordnung, Begründung und Entwurf, Berlin 1930

Dolde, Klaus-Peter	Genehmigung von Bebauungsplänen unter Maßgaben, in: BauR 1974, S. 382
Drews/Wacke/Vogel/ Martens	Gefahrenabwehr, 8. Aufl., Köln usw. 1975
Elleringmann, Rudolf	Grundlagen der Kommunalverfassung und der Kommunalaufsicht, Stuttgart 1957
Engeli, Christian/ Haus, Wolfgang	Quellen zum modernen Gemeindeverfassungsrecht in Deutschland, Stuttgart 1974
Erler, Georg	Die verwaltungspolitischen Ideen der 1848er Bewegung, ihre Grundlagen und Auswirkungen unter besonderer Berücksichtigung der preußischen Gesetze von 1850, Diss. jur. Münster 1929
Erman	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl., Münster 1976
Forsthoff, Ernst	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1973
Galette, Alfons/ Laux, Eberhard/ von Scheliha, Kurt-Friedrich	Kommentare zur Gemeindeordnung, Kreisordnung, Amtsordnung für Schleswig-Holstein, 2. Aufl., Wiesbaden 1972 ff.
Geitmann, Roland	Bundesverfassungsgericht und "offene" Normen, Berlin 1971
Giere, Gustav	Kommunales Schuldenwesen, in: HdBKWP III, Berlin usw. 1959, S. 187
Gloth, Hans	Die Entwicklung des Kommunalkredits, Berlin 1967
Gönnenwein, Otto	Das deutsche Gemeindeverfassungsrecht, in: AöR 74 (1948), S. 191
	Die Kommunalaufsicht als Rechtsaufsicht, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek München 1955, S. 511

Gönnenwein, Otto	Gemeinderecht, Tübingen 1963
Görg, Hubert	Kommunales Dienstrecht, in: HdBKWP II, Berlin usw. 1957, S. 44
Grabitz, Eberhard	Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 98 (1973), S. 568
von Grumbkow, Waldemar	Die Geschichte der Kommunalaufsicht in Preußen, Berlin 1921
Hamann, Andreas	Das Grundgesetz, 2. Aufl., Neuwied und Berlin 1961
Hamann, Andreas jr./ Lenz, Helmut	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 3. Aufl., Neuwied und Berlin 1970
Hansmeyer, Karl-Heinrich (Hrsg.)	Kommunale Finanzpolitik in der Weimarer Republik, Stuttgart usw. 1973
Hatschek, Julius	Die Selbstverwaltung in politischer und juristischer Bedeutung, Leipzig 1898
Heffter, Heinrich	Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., Stuttgart 1969
Henrichs, Wilhelm	Die Rechtsprechung zur Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung in Deutschland, in: DVBl. 1954, S. 728
Hettlage, Karl Maria	Die Gemeinden in der Finanzverfassung, in: AfK 3 (1964), S. 1
-	Die kurzfristige Verschuldung der Städte und die Staatsaufsicht, in: RVBl. 1930, S. 748
Hettlage, Karl Maria/ Loschelder, Wilhelm	Gemeindewirtschaftsrecht, Teil 2: Gemeindehaushaltsrecht, Berlin und Eberswalde 1938

Hölzl, Josef	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, München 1971 ff.
Hölzner, Siegfried	Kommunaler Finanzausgleich in den Bundesländern, in: StT 1970, S. 618
Hofmann, Walter/ Beth, Alfred/ Dreibus, Heinz	Die Kommunalgesetze für Rheinland-Pfalz, Siegburg 1975
Jellinek, Walter	Verwaltungsrecht, unveränderter Neudruck der 3. Aufl. 1931, Offenburg 1948
Kapellmann, H.	Die Städteordnung für die sechs östlichen Provinzen der Preußischen Monarchie vom 30. Mai 1853, Berlin 1901
Klüber, Hans	Das Gemeinderecht in den Ländern der Bundesrepublik Deutschland, Berlin usw. 1972
Köttgen, Arnold	Wesen und Rechtsform der Gemeinden und Gemeindeverbände, in: HdBKWP I, Berlin usw. 1956, S. 185
Kopp, Ferdinand O.	Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl., München 1976
-	Verwaltungsverfahrensgesetz, München 1976
Korte, Heinz W.	Die Aufgabenverteilung zwischen Gemeinde und Staat unter besonderer Berücksichtigung des Subsidiaritätsprinzips, in: VerwArch. 61 (1970), S. 3
Kottenberg, Kurt/ Rehn, Erich	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, 10. Aufl., Siegburg 1972 ff.
Kunze, Richard/ Schmid, Carl	Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, 2. Aufl., Stuttgart 1964

Kunze, Richard/ Bronner,Otto/ Rehm, Franz-Karl	Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, 3. Aufl., Stuttgart 1969 ff
Laforet, Wilhelm	Deutsches Verwaltungsrecht, München 1937
Larenz, Karl	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin usw. 1969, 3. Aufl., ebenda, 1975
Ledermann, Walter	Die Städteordnung für die sechs östlichen Provinzen der preußischen Monarchie vom 30. Mai 1853 nebst ihren gesetzlichen Ergänzungen, Berlin 1902
Leisner, Walter	Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 22.9.1972, in: DÖV 1973, S. 272
von Loebell, Friedrich Wilhelm	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen 3. Aufl., Wiesbaden 1976 ff.
Loening, Hellmuth	Zur Rechtsnatur der Genehmigung kommunaler Abgabensatzungen in Nordrhein-Westfalen, in: DÖV 1966, S. 490
Lohr, Valentin	Satzungsgewalt und Staatsaufsicht, Stuttgart 1963
Loschelder, Wilhelm	Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Stuttgart 1965
Lüersen, Karl/ Neuffer, Martin	Niedersächsische Gemeindeordnung, Wiesbaden 1955 ff.
von Mangoldt, Hermann/ Klein, Friedrich	Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1957
Markull, Fritz	Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein vom 24. Januar 1950, Göttingen 1950
Masson, Christoph/ Samper, Rudolf	Bayerische Kommunalgesetze, München 1961 ff.

Maunz, Theodor/ Dürig, Günter/ Herzog, Roman	Grundgesetz, 4. Aufl., München 1976 ff.
Mayer, Otto	Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Band, 2. Aufl., Leipzig 1917 3. Band, 3. Aufl., Leipzig 1924
Meier, Ernst	Die Reform der Verwaltungsorganisation unter Stein und Hardenberg, Leipzig 1881
Menger, Christian-Friedrich	Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, Karlsruhe 1975
-	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in: Verw-Arch. 52 (1961), S. 410
Menger, Christian-Friedrich/ Erichsen, Hans-Uwe	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in: Verw-Arch. 58 (1967), S. 171
Meyer, Hans/ Borgs-Maciejewski, Hermann	Verwaltungsverfahrensgesetz, Frankfurt 1976
Möllenhoff, Heinrich	Die Auswirkungen der staatlichen Haushaltsreform auf die Existenz des außerordentlichen Gemeindehaushalts, Diss. jur. Münster 1971
Möller, Alex (Hrsg.)	Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft und Art. 109 GG, 2. Aufl., Hannover 1969
Mörtel, Georg	Grenzfälle des Verwaltungsakts, in: BayVBl. 1956, S. 321
Most, Otto	Die Schuldenwirtschaft der deutschen Städte, Jena 1909
Müller, Klaus	Zur Problematik der Genehmigungsvorbehalte im Kommunalrecht, VerwArch. 54 (1963), S. 170
v. Mutius, Albert	Zur Teilnichtigkeit kommunaler Satzungen, VerwArch. 65 (1974), S. 91
-	Nochmals: Zur Teilnichtigkeit kommunaler Satzungen, VerwArch. 65 (1974), S. 319

o. Verf.	Schuldendeckelverordnung "greift", in: KPBl. 1973, S. 863
Obermayer, Klaus	Rechtsnatur und Rechtskontrolle staatlicher Widerspruchsbescheide und Mitwirkungsakte, in: BayVBl. 1966, S. 370 ff.
Oertel, O.	Die Städteordnung für die sechs östlichen Provinzen der Preußischen Monarchie vom 30. Mai 1853 6. Aufl., Liegnitz 1914, 7. Aufl. ebenda 1931
Pagenkopf, Hans	Die Haushaltssatzung, Köln usw. 1972
-	Kommunalrecht, 2. Aufl., Band 1, Verfassungsrecht, Köln usw. 1975 Band 2, Wirtschaftsrecht, ebenda 1976. Zitiert: Pagenkopf, Kommunalrecht I bzw. II
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 36. Aufl., München 1977
Patzig, Werner	Der kommunale Finanzausgleich, Köln usw. 1966
-	Konjunktursteuerung und kommunale Selbstverwaltung - Spielraum und Grenzen in: Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentages, Band II Sitzungsberichte, S. N 1, München 1968
Peters, Hans	Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen, Berlin 1926
Petersilie, Erich	Entwicklung und Bedeutung der Preußischen Städteordnung, Leipzig 1908
Piduch, Erwin Adolf	Bundeshaushaltsrecht, Stuttgart usw. 1969 ff.
Pressmar, Hans	Reform des Darlehnsgenehmigungsverfahrens, in: GemH 1960, S. 32

Preuß, Hugo	Entwicklung des deutschen Städtewesens 1. (einziger) Band: Entwicklungsgeschichte der deutschen Städteverfassung, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1906, Aalen 1965
Pünder, Hermann	Die deutschen Gemeinden, Köln 1948
Quincke, H.H.	Das Gemeindeumschuldungsgesetz vom 21. September 1933 in der Fassung des Gesetzes vom 14. November 1933, Berlin 1934
Rauball, Johannes und Reinhard	Gemeindeordnung für Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl., München 1974
von Raumer, Friedrich	Über die preußische Städteordnung, Leipzig 1928
Redeker, Konrad/ von Oertzen, Hans Joachim	Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Aufl., Stuttgart usw. 1975
Reuter, Konrad	Rechtsaufsicht über Gemeinden und Opportunitätsprinzip, Diss. jur. Tübingen 1967
Rietdorf, Fritz	Ist das Zustimmungsverfahren nach dem Gemeindeumschuldungsgesetz noch zeitgemäß? in: StT 1953, S. 191
Rumpf, J.D.F.	Die Preußische Städteordnung vom 19. November 1808 nebst der revidirten Städteordnung mit den dazu gehörigen Verordnungen vom 17ten März 1831 und einer Vergleichung beider, 6. Aufl., Berlin 1834
Salzwedel, Jürgen	Kommunalrecht, in: Loschelder, Wilhelm/Salzwedel, Jürgen, Verfassungs- und Verwaltungsrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, Köln und Berlin 1964, S. 217
-	Staatliche Genehmigungsvorbehalte gegenüber der Selbstverwaltung, in: AfK 1 (1962), S. 203

Salzwedel, Jürgen	Staatsaufsicht in der Verwaltung, in: VVDStRL 22, Berlin 1965, S. 206
Schäfer, Eberhard	Die Einflußnahme des Bundes (Reichs) auf die Verschuldung von Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden in rechtshistorischer Darstellung, Diss. jur. Marburg 1970
Scheel, Werner	Möglichkeiten und Grenzen einer Einbeziehung der Gemeinden in die konjunkturpolitischen Maßnahmen der öffentlichen Hand, in: GemH 1973, S. 265
Scheel, Werner/ Steup, Johannes	Gemeindehaushaltsrecht Nordrhein-Westfalen, 3. Aufl., Köln usw. 1975
Schlempp, Hans und Dieter	Kommentar zur Hessischen Gemeindeordnung, Wiesbaden 1969 ff.
Schmitt, Günther	System der Rechtsaufsicht über die Gemeinden in der Bundesrepublik Deutschland, Diss. jur. Erlangen 1962
Schmitz, Jürgen	Kommunalverschuldung und Kapitalmarkt in der Bundesrepublik Deutschland, in: AfK 5 (1966), S. 303
Schmoller, Gustav	Preußische Verfassungs-, Verwaltungs- und Finanzgeschichte, Berlin 1921
Schoen, Paul	Das Recht der Kommunalverbände in Preußen, Leipzig 1897
Schreml, Alfons und Dietl, Josef	Die Berechnung der gemeindlichen Schuldengrenze, 3. Aufl., München 1965
Schreml, Arthur	Die kommunale Haushaltsreform in Bayern, in: Der Bayerische Bürgermeister 1973, S. 236

Schrödter, Hans	Bundesbaugesetz, 3. Aufl., München 1973
Schwabe, Jürgen	Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, in: JuS 1973, S. 133
Seeberger, Werner	Genehmigungsvorbehalte im Kommunalrecht, in: Der Städtetag 1961, S. 535
Seele, Günther	Die besonderen staatlichen Exekutivbefugnisse im Bereich der kommunalen Selbstverwaltung, Diss. jur. Göttingen 1964
Seibert, Gerhard	Die Gewährleistung gemeindlicher Selbstverwaltung durch das Grundgesetz, Diss. jur. Marburg 1966
Seifert, Heinrich	Die Geschichte des kommunalen Finanzrechts, Diss. jur. Göttingen 1956
Selmer, Peter	Generelle Norm und individueller Grundrechtsschutz, in: DÖV 1972, S. 551
Steenbock, Reimer	Kommunale Haushaltsreform, Köln 1972
Stern, Klaus	Der rechtliche Standort der Gemeindewirtschaft, in: AfK 3 (1964), S. 81
-	Kommentierung zu Art. 28 GG, Zweitbearbeitung, in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1964
-	Konjunktursteuerung und kommunale Selbstverwaltung - Spielraum und Grenzen, in: Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentages, Band I, Gutachten, München 1968, S. E 1
Stern, Klaus/ Münch, Paul/ Hansmeyer, Karl-Heinrich	Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft, 2. Aufl., Stuttgart usw. 1972

Storck, Hans	Der Gemeindekredit, 2. Aufl., Berlin und Stuttgart 1937
Surén, Friedrich-Karl	Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik, Band II, Gemeindewirtschaftsrecht, Köln usw. 1961. Zitiert: Surén, Gemeindewirtschaftsrecht
Surén, Friedrich-Karl/ Loschelder, Wilhelm	Die Deutsche Gemeindeordnung, Berlin 1940
Tettinger, Peter J.	Ingerenzprobleme staatlicher Konjunktursteuerung auf kommunaler Ebene, Bern und Frankfurt a.M. 1973
Treitschke, Heinrich von	Deutsche Geschichte im Neunzehnten Jahrhundert, Band I, 7. Aufl., Berlin 1894
Vogel, Klaus/ Kirchhof, Paul	Kommentierung zu Art. 104a GG in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1971
Vogel, Klaus/ Wiebel, Markus	Kommentierung zu Art. 109 GG, in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1971
Wagener, Frido	Gemeindeverbandsrecht in Nordrhein-Westfalen, Köln 1967
Wagner, Herbert	Die Haushaltssatzung der Gemeinden, Diss. jur. Münster 1971
Walter, Hans-Ulrich	Genehmigungsvorbehalt und Genehmigung im kommunalen Grundstücksverkehr, Diss. jur. Münster 1966
Weber, Werner	Kommunalaufsicht als Verfassungsproblem, in: Aktuelle Probleme der Kommunalaufsicht, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 19, Berlin 1963, S. 17
Weinberger, Bruno	Konjunktursteuerung und kommunale Selbstverwaltung - Spielraum und Grenzen, in: Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentages, Band II, Sitzungsberichte, München 1968, S. N 34. Zitiert: Weinberger, Referat 47. DJT.

Wilke, Dieter	Art. 109 Grundgesetz und das Stabilitätsgesetz in ihrer Bedeutung für das Verordnungsrecht, in: AöR 93 (1968), S. 270
Winkler, Ernst-Günter	Aufgaben und Grenzen der gemeindlichen Kreditnahme, Berlin und München 1961
Wixforth, Gerd	Die gemeindliche Finanzhoheit und ihre Grenzen, Diss. jur. Münster 1962
Wolff, Hans J./ Bachof, Otto	Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., München 1974
-	Verwaltungsrecht II, 4. Aufl., München 1976
Wolff, Hans J.	Verwaltungsrecht II, 3. Aufl., München 1970
-	Verwaltungsrecht III, 3. Aufl., München 1973
Zeitel, Gerhard	Eigentümlichkeiten und Grenzen der Kommunalverschuldung, in: Mülhaupt, Ludwig und Oettle, Karl (Hrsg.), Gemeindewirtschaft und Unternehmerwirtschaft, Festgabe für Rudolf Johns, Göttingen 1965
Zimmermann, Franz	Der Kommunalkredit in der Kapitalmarktkrise 1965, in: GemH 1965, S. 217
Zschintzsch, Werner	Kommunalkredit, Berlin 1931
Zuck, Rüdiger	Die globalgesteuerte Marktwirtschaft und das neue Recht der Wirtschaftsverfassung, in: NJW 1967, S. 1301
Zuhorn, Karl/ Hoppe, Werner	Gemeinde-Verfassung, 2. Aufl., Siegburg 1962. Zitiert: Zuhorn/ Hoppe

Kommentare werden in der Regel nur mit dem Namen des Verfassers zitiert.

Einleitung

Schon seit langem können die Gemeinden ihre Aufgaben nicht mehr ohne die Aufnahme von Krediten[1] und Kassenkrediten sowie die Begründung von Zahlungsverpflichtungen, die wirtschaftlich einer Kreditaufnahme gleichkommen, erfüllen[2]. Die Reform des Gemeindehaushaltsrechts 1972/73 hat dem durch eine Erleichterung der Kreditaufnahme Rechnung getragen. Gleichwohl werden die R e c h t s fragen der gemeindlichen Verschuldung im juristischen Schrifttum vernachlässigt. Dies gilt insbesondere für die Probleme[3], die sich aus den Genehmigungsvorbehalten zu Gunsten der Kommunalaufsichtsbehörde ergeben. Die Kommentare zu

---

1 Unter "Kredit" wird in dieser Untersuchung das unter der Verpflichtung zur Rückzahlung von Dritten oder von Sondervermögen mit Sonderrechnung aufgenommene Kapital mit Ausnahme der Kassenkredite verstanden. Dies entspricht der in allen Gemeindehaushaltsverordnungen übereinstimmenden Legaldefinition. Vgl. § 46 Nr. 18 bawüGemHVO; § 45 Nr. 19 bayGemHVO; § 45 Nr. 18 hessGemHVO; § 47 Nr. 18 nsGemHVO; § 46 Nr. 18 nwGemHVO; § 45 Nr. 19 rhpfGemHVO; § 46 Nr. 18 saarGemHVO; § 44 Nr. 18 shGemHVO.

2 Zur Höhe der äußeren Verschuldung der Gemeinden in den Jahren 1950 bis 1975 vgl. Pagenkopf, Kommunalrecht II, S. 143 f.

3 Vgl. nur die Mitteilung in Die Demokratische Gemeinde 1975, S. 587. Danach hat die Aufsichtsbehörde die Haushaltssatzung der Stadt Hof erst hinsichtlich des Gesamtbetrags der vorgesehenen Kreditaufnahmen genehmigt, nachdem dieser um 1.254.000,-- DM gekürzt worden war. Die Stadt mußte deshalb auf der Ausgabenseite des Vermögenshaushalts eine entsprechende Kürzung vornehmen.

den Gemeindeordnungen schenken ihnen zumeist nur geringe Aufmerksamkeit. Eine monographische Darstellung fehlt. Die Abhandlungen über die Genehmigungsvorbehalte des Kommunalrechts insgesamt gehen auf die Kriterien der Genehmigungserteilung im Schuldenwesen nicht näher ein.

Ziel dieser Untersuchung ist es, die Genehmigungsvorbehalte bei der Aufnahme von Krediten und Kassenkrediten sowie dem Abschluß kreditähnlicher Verträge in das System der Kommunalaufsicht einzuordnen und die rechtlichen Gesichtspunkte aufzuzeigen, unter denen über die Erteilung der Genehmigungen zu entscheiden ist. Dabei soll insbesondere der Frage nachgegangen werden, inwieweit auch unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung ein Ermessen der Aufsichtsbehörden mit dem Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden vereinbar ist.

1. Abschnitt

Die aufsichtsbehördliche Genehmigung zu gemeindlichen Kreditaufnahmen in der geschichtlichen Entwicklung

§ 1 Die Entwicklung bis zum Ende des Ersten Weltkriegs

I. Das preußische Allgemeine Landrecht

Die Bedeutung des Allgemeinen Landrechts für das preußische[1] Gemeinderecht und damit auch für die Schuldenwirtschaft der Gemeinden bestand darin, daß im 8. Titel des II. Teils erstmals ein für ganz Preußen geltendes Städterecht kodifiziert wurde[2], wenn dieses auch gegenüber den örtlichen Stadtrechten nur subsidiär galt[3]. Eine materielle Änderung des bis dahin geltenden Rechtszustandes[4] brachte es nicht mit sich[5]. Dieser war gekennzeichnet durch eine außerordentlich starke Einflußnahme des absolutistischen Staates auf die Verwaltung der Gemeinden bis ins Detail[6]. Dementsprechend unterlag auch die Schuldenwirt-

---

1 Die Darstellung der geschichtlichen Entwicklung soll hier und im folgenden auf eine Erörterung des preußischen Rechts als des wichtigsten der bis zum Erlaß der DGO im Jahre 1935 geltenden Partikularrechte beschränkt sein.

2 Schoen, Das Recht der Kommunalverbände in Preußen, S. 20.

3 Schoen, aaO.

4 Dazu Bornhak, Geschichte des Preußischen Verwaltungsrechts; Preuß, Entwicklung des deutschen Städtewesens; Schmoller, Preußische Verfassungs-, Verwaltungs- und Finanzgeschichte; Seifert, Die Geschichte des kommunalen Finanzrechts, Diss.

5 Schoen, aaO.

6 Vgl. Meier, Die Reform der Verwaltungsorganisation unter Stein und Hardenberg, S. 90-97.

schaft der Städte[1] nach dem ALR einer straffen Staatsaufsicht.

Die "Stadtgemeinen" hatten "die Rechte privilegierter Corporationen"[2], wurden also zunächst sonstigen erlaubten Gesellschaften des ALR grundsätzlich gleichgestellt. Als solche bedurften sie ohnehin schon "bey Schulden, für welche die Substanz des unbeweglichen Gesellschaftsvermögens oder die Nutzungen desselben auf länger als 1 Jahr haften sollen" der "Einwilligung der vorgesetzten Behörde"[3]. Nach § 151 des nur für sie geltenden 8. Titels des II. Teils waren die Stadtgemeinen aber darüber hinaus "in allen Fällen..., wo das Cämmereyvermögen mit einer Capitalschuld belastet werden soll," auf die Genehmigung der Aufsichtsbehörde angewiesen. Im übrigen stand das Kämmereivermögen, in Ansehung dessen die Städte ohnehin nur die Rechte von Minderjährigen hatten[4], "unter der Oberaufsicht des Staates"[5], welcher "berechtigt"

---

1 Auf das Recht der Landgemeinden soll hier und im folgenden auch nicht insoweit eingegangen werden, als es sich von dem der Städte unterscheidet. Denn mit Rücksicht darauf, daß die heutigen Gemeindeordnungen, von geringfügigen Ausnahmen abgesehen, nicht mehr zwischen Städten und sonstigen Gemeinden unterscheiden, kann aus dem Recht der preußischen Landgemeinden für das Verständnis des geltenden Kommunalrechts nichts mehr gewonnen werden.

2 ALR § 108 II 8.

3 ALR § 85 II 6. Desgleichen konnten die Städte als privilegierte Corporationen ohne Genehmigung der Aufsichtsbehörde Grundeigentum weder veräußern oder belasten noch erwerben, ALR § 83 II 6.

4 ALR § 157 II 8.

5 ALR § 149 II 8.

war, "darauf zu sehen, daß dieses Vermögen ordentlich verwaltet und die Einkünfte davon zweckmäßig verwendet" wurden[1]. Diese Staatsaufsicht wurde in der Praxis so gehandhabt, daß die Städte "als staatliche, der landesherrlichen Behördenhierarchie eingegliederte Anstalten" behandelt wurden[2].

II. Die Städteordnung vom 19. November 1808[3]

Die geschilderte Bevormundung[4] der Städte durch den absolutistischen Staat führte zu einer Teilnahmslosigkeit der Bevölkerung gegenüber den Fragen des öffentlichen Lebens, auf das diese einen bestimmenden Einfluß nicht auszuüben vermochten[5]. Der Untergang des alten preußischen Staates 1806 in der Doppelschlacht von Jena und Auerstädt ließ die Notwendigkeit einer umfassenden Reform des preußischen Verwaltungssystems erkennen[6]. Ein wichtiger Teil - und zudem der einzige, der vollendet worden ist -[7] des Gesamtwerks des für

---

1 ALR § 150 II 8. Zum Kämmereivermögen gehörte "alles was zur Bestreitung der gemeinschaftlichen Lasten und Ausgaben der Stadtgemeine bestimmt" war, ALR § 139 II 8.

2 Seifert, aaO.; vgl. auch Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 11; Becker, Die Entwicklung der deutschen Gemeinden und Gemeindeverbände im Hinblick auf die Gegenwart, HdBKWP I, S. 62, 77.

3 G.S. 1806-1810, S. 324.

4 Dazu treffend v. Raumer, Über die preußische Städteordnung, S. 18: "Vielregiererei von oben herab, welche eine Zeitlang für den Inbegriff der höchsten Staatsweisheit galt".

5 Schoen, Das Recht der Kommunalverbände in Preußen, S. 24.

6 Meier, Die Reform der Verwaltungsorganisation unter Stein und Hardenberg, S. 131.

7 Preuß, Entwicklung des deutschen Städtewesens, S. 265: "ein Torso aus dem Ganzen des Stein'schen Reformwerks".

die Verwaltungsreform verantwortlichen[1] Ministers Freiherr vom Stein war die Erneuerung der Selbstverwaltung in den Städten durch den Erlaß der Städteordnung vom 19.11.1808. Dieser lag der Gedanke zugrunde, daß jegliche Bevormundung der Bürgerschaft beseitigt und dieser und den von ihr gewählten Beamten die Verwaltung der Städte überlassen werden sollte[2].

Die Stein'sche Städteordnung von 1808 war gekennzeichnet durch eine besonders großzügige Regelung der Staatsaufsicht, die, zumindest wenn man sie an dem insoweit bisher geltenden allgemeinen Landrecht mißt, nahezu einer Beseitigung der Aufsicht gleichkam[3]. Dem Staat blieb zwar "das oberste Aufsichtsrecht über die Städte, ihre Verfassung und ihr Vermögen, insoweit nicht in der gegenwärtigen Ordnung auf eine Theilnahme an der Verwaltung ausdrücklich Verzicht geleistet ist, vorbehalten"[4]. Doch bestand diese Aufsicht nach dem Wortlaut des Gesetzes selbst darin, daß der Staat "die gedruckten Rechnungsextrakte oder die öffentlich darzulegenden

---

1 Zum Streit darüber, ob auch Hardenberg Verdienste an der Verwaltungsreform zukommen, vgl. Meier, aaO., S. 134-136.

2 v. Treitschke, Deutsche Geschichte im Neunzehnten Jahrhundert, Band I, S. 284. Die Erneuerung der Städte war für Stein allerdings nicht Selbstzweck, sondern ein geeignetes Mittel zur Wiederaufrichtung des besiegten preußischen Staates. Becker, Gemeindliche Selbstverwaltung, S. 172; Preuß, aaO., S. 223 f.

3 Petersilie, Entstehung und Bedeutung der Preußischen Städteordnung, S. 99: "Jedoch fehlt die staatliche Oberaufsicht so gut wie ganz, da nicht einmal Veräußerungen und Anleihen einer Genehmigung bedürfen".

4 § 1 StO 1808.

Rechnungen der Städte über die Verwaltung ihres Gemeinvermögens einsieht, die Beschwerden einzelner Bürger oder ganzer Abtheilungen über das Gemeinwesen entscheidet, neue Statuten bestätigt und zu den Wahlen der Magistratsmitglieder die Genehmigung erteilt"[1]. Aus dem noch durch § 189 Abs. 3 S. 4 StO 1808 ergänzten Informationsrecht des Staates ließ sich auch noch die Befugnis zur Erhebung von Beanstandungen herleiten, da das Prüfungsrecht sonst keinen Sinn gehabt hätte[2]. Eine gesetzliche Möglichkeit des Staates, die Behebung etwaiger Beanstandungen durchzusetzen, bestand jedoch nicht.

Eine gewisse Möglichkeit zur Einwirkung auf das städtische Finanzwesen gab dem Staat § 184 Abs. 3 StO 1808. Danach entschied bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Magistrat und Stadtverordneten über die Deckung des gemeindlichen Finanzbedarfs die Aufsichtsbehörde. Die Entscheidung war für Magistrat und Stadtverordnete verbindlich[3].

Besonders deutlich kam die neugewonnene Selbstverwaltung der Städte darin zum Ausdruck, daß die Aufnahme von Krediten keinem Genehmigungsvorbehalt unterlag[4].

---

1 § 2 StO 1808

2 v. Grumbkow, Die Geschichte der Kommunalaufsicht in Preußen, S. 32; vgl. auch Meier, aaO., S. 353.

3 v. Grumbkow, aaO., S. 42. Seifert, aaO., S. 67.

4 Meier, aaO., S. 349. Auch zur Veräußerung von Grundstücken bedurfte es keiner Genehmigung. Es war nur eine nachträgliche Anzeige an die Ortspolizeibehörde erforderlich, 189 Abs. 2 Ziff. 2c StO 1808. Diese hatte jedoch keine gesetzliche Möglichkeit, die Veräußerung rückgängig zu machen. v. Grumbkow, aaO., S. 31.

Das Gesetz war in dieser Form wegen seiner zum Teil als republikanisch-revolutionär angesehenen Tendenzen[1] nur unter dem Druck der Zeit gegen den Willen des Königs sowie der Mehrheit des Adels und der Bürokratie zustande gekommen[2]. Sogleich nach der Befreiung Preußens begann dann die neue Regierung im Jahre 1814 eine Revision der Städteordnung in Angriff zu nehmen[3].

Auch unabhängig von dem Bemühen um den Erlaß einer revidierten Städteordnung hat es an Versuchen nicht gefehlt, die den Gemeinden durch die Städteordnung von 1808 verliehene Unabhängigkeit zu beschränken. Dies geschah in sogenannten "Deklarationen" des Königs sowie in Ministerialreskripten, in denen unter dem Vorwand der Auslegung den Bestimmungen der Städteordnung ein anderer Inhalt beigelegt wurde[4]. So sollte z.B. mit einem Ministerialreskript[5] vom 15. März 1831[6] das Fehlen eines Genehmigungserfordernisses für gemeindliche Kreditaufnahmen in der Städteordnung von 1808 wettgemacht werden:

---

1 Jedenfalls Stein selbst waren solche Tendenzen fremd. Da die Verwaltungsreform von keiner Volksbewegung unterstützt wurde, könnte man allenfalls von einer "Revolution von oben" sprechen. Heffter, Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert, S. 86.

2 Dazu ausführlich Heffter, aaO., S. 84 ff.; Preuß, aaO., S. 264 ff.

3 v. Grumbkow, aaO., S. 48.

4 Krebsbach, Die Preußische Städteordnung von 1808, S. 27; Meier, aaO., S. 351; Schoen, aaO., S. 28.

5 Als Beispiel einer königlichen "Deklaration" sei nur die "Deklaration des § 157 der Städteordnung wegen Berücksichtigung invalider Militärpersonen bei Besetzung städtischer Posten" vom 29.5.1820 (G.S. S. 79) erwähnt, mit der in die Personalhoheit der Städte eingegriffen wurde.

6 Zitiert nach Rumpf, Die preußische Städteordnung nebst der revidirten Städteordnung und einer Vergleichung beider, Erl. 2 zu § 1 StO 1808.

Es wird darin zunächst anerkannt, daß die Städteordnung von 1808 selbst keine ausdrückliche Ermächtigung der Aufsichtsbehörde, gegenüber einer Erhöhung der städtischen Verschuldung einzuschreiten, enthalte. Es wird alsdann aus zwei verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten außerhalb der Städteordnung eine solche Befugnis konstruiert. Zum einen sei der Staat nach dem allgemeinen Landrecht und der Prozeßordnung zu einem Schutz der Gemeinden vor Maßnahmen der Zwangsvollstreckung, die eine ordnungsgemäße Haushaltswirtschaft gefährden könnten, gehalten; die Aufsichtsbehörde müsse deshalb einer unnötigen Vermehrung der Schulden wehren können[1].
Zum anderen habe die Aufsichtsbehörde gem. § 184 StO bei einem Streit zwischen Magistrat und Stadtverordneten die von letzteren beschlossenen Steuererhebungen zu ändern, falls durch sie dem Gemeinwesen Gefahren drohten; daraus folge "von selbst", daß die Regierung das Recht und die Pflicht habe, durch Beschränkung der Verschuldung der Städte der Veranlassung zu solchen Steuern vorzubeugen.

In einem Reskript vom 14.12.1831[2] wird betont, daß die Selbständigkeit der Kommunen, die Geist und Buchstabe der StO 1808 erforderten, nicht so weit ausge-

---

1 Meier, aaO., S. 351, kritisiert die Freiheit der Städte im Schuldenwesen gerade mit der Begründung, daß sie mit Rücksicht auf die Vollstreckungsschutzbestimmungen der AGO nicht gerechtfertigt sei, wendet sich jedoch ausdrücklich gegen Versuche "in einzelnen Reskripten", hieraus ein Recht des Staates zur Genehmigung kommunaler Finanzoperationen herzuleiten.

2 Zitiert nach Rumpf, aaO.

dehnt werden dürfe, daß die Aufsichtsbehörden nicht gegen leichtsinniges Schuldenmachen einschreiten könnten.

III. Die revidierte Städteordnung von 1831[1]

Die revidierte Städteordnung[2] verstärkte zunächst die Stellung des Magistrats gegenüber der nach der Städteordnung von 1808 "allmächtigen"[3] Stadtverordnetenversammlung[4]. Sie brachte weiterhin eine Verschärfung der Staatsaufsicht mit sich und sah auch Zwangsmittel zu ihrer Durchsetzung vor[5].

Besonders einschneidend war für die Städte die Regelung des Schuldenwesens. Die Aufnahme von "Anleihen" bedurfte nunmehr der Genehmigung der (Bezirks-)Re-

---

1 Revidirte Städte-Ordnung für die Preußische Monarchie vom 17. März 1831 (G.S. S. 10).

2 Die revStO sollte gem. der Allerhöchsten Kabinettsorder vom 17.3.1831 (G.S. S.10) nur dort eingeführt werden - das damalige Recht unterschied zwischen Erlaß und Einführung -, wo die StO 1808 bisher nicht gegolten hatte, also insbesondere in den Provinzen Posen und Westfalen sowie in der Rheinprovinz. In letzterer ist sie nur in 3 Städten eingeführt worden. Schoen, aaO., S. 31. Den anderen Städten stand es frei, um die Verleihung der revStO nachzusuchen. Von dieser Möglichkeit haben aber nur 3 kleinere Städte Gebrauch gemacht. Bornhak, Geschichte des Preußischen Verwaltungsrechts, Bd. III, S. 33.

3 Bornhak, aaO., S. 31.

4 Dazu ausführlich Schoen, aaO., S. 30 f.

5 Näheres bei v. Grumbkow, aaO., S. 56 ff.

gierung[1]. Diese hatte[2] die Genehmigung aber nur zu erteilen, "wenn für einen sichern Zins- und Tilgungsfonds gesorgt" war[3]. Des weiteren bedurften Prolongationen von Anleihen sowie Abweichungen von dem genehmigten Tilgungsplan der Einwilligung der Aufsichtsbehörde[4].

Die starke Einschränkung der Selbstverwaltung der Städte durch die revStO gegenüber der StO 1808 war sicherlich in erster Linie Ausfluß der restaurativen Tendenzen nach dem Ende der Befreiungskriege[5].Was

---

1 § 120 S. 1 revStO. Dasselbe galt jetzt auch für Ankauf und Veräußerung von Grundstücken, §§ 120 S. 1, 117 revStO.

2 Aus der Wendung "hat... zu erteilen" in § 120 S. 2 folgt, daß auch nach damaligem Verständnis der Aufsichtsbehörde kein Ermessen im Sinne des heutigen Sprachgebrauchs zukam; dies ist für die unten zu erörternde historische Interpretation des Selbstverwaltungsrechts wichtig. Vgl. v. Grumbkow, aaO., S. 61.

3 § 120 S. 2 revStO.

4 § 120 S. 3 revStO. Einen § 120 revStO entsprechenden Genehmigungsvorbehalt für Kreditaufnahmen enthielt § 97 der Gemeindeordnung für die Rheinprovinz von 1845 (G.S. S.523), die bis zum Erlaß der rhStO 1856 galt.

5 Vgl. Heffter, Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert, S. 217. Preuß, aaO., S. 315, kritisiert "weitaus die meisten" Abweichungen der revStO von der StO 1808 als "Früchte des Kompromisses zwischen feudaler und bureaukratischer Reaktion". Nach v. Grumbkow, aaO., S. 59 hat sich aber zu "Tradition und Reaktion" auch "wahrer Reformgeist" gesellt. Vgl. zur Restauration insgesamt Menger, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, S. 111.

aber speziell die Schaffung von Einwirkungsmöglichkeiten des Staates auf das Schuldenwesen der Gemeinden angeht, so war diese auch sachlich berechtigt[1]. Denn nach der StO 1808 war die Finanzverwaltung der Städte der Willkür[2] der Stadtverordneten überlassen, was vor allem in den kleineren Städten[3] gelegentlich zu einer Mißwirtschaft führte. Die Stadtverordneten waren durch die große Verantwortung, die ihnen die ältere Städteordnung aufbürdete, häufig überfordert[4]. Stein selbst hat 1829, als die Diskussion um die Reform der bisherigen Städteordnung noch im Gange war, die Ansicht vertreten, daß zur Aufnahme von Krediten die Zustimmung des Staates erforderlich sein sollte "zur Sicherstellung des Wohlstandes der Gemeinden". Als zuständige Behörde schlug er für Genehmigungen bis zu einer bestimmten Summe die Bezirksregierung, von da an eine der obersten Behörden, vor[5]. Preuß[6] und v. Grumbkow[7] können sich diese Auffassung

---

1 Vgl. Becker, Gemeindliche Selbstverwaltung, S. 268 f.; Bornhak, aaO., S. 32; Meier, aaO., S. 351 f.; Petersilie, aaO., S. 114; Schmoller, Preußische Verfassungs-, Verwaltungs- und Finanzgeschichte, S. 182; Hatschek, Die Selbstverwaltung in politischer und juristischer Bedeutung, S. 72.

2 Schoen, aaO., S. 28.

3 Bornhak, aaO., S. 32; Schmoller, aaO., S. 182.

4 Becker, Gemeindliche Selbstverwaltung, S. 179.

5 Schreiben vom 15.3.1829 an den Minister v. Schuckmann, abgedruckt bei Botzenhart/Hubatsch/Hartlieb v. Wallthor, Freiherr vom Stein, Briefe und amtliche Schriften, 7. Band, S. 537 ff.

6 AaO., S. 314.

7 AaO., S. 52.

allerdings nur mit dem damals schon fortgeschrittenen Alter Steins erklären. Meier macht für die spätere Kritik Steins an manchen Teilen seines Reformwerks den Umstand verantwortlich, daß wegen der Eile der Reformgesetzgebung damals über manche wichtige Frage ohne Diskussion hinweggegangen worden sei; Steins spätere Erwägungen zeigten häufig, daß er erst jetzt zu einer echten Stellungnahme zu solchen Fragen gelangt sei[1]. Aber auch Wilhelm v. Humboldt, der wie Stein ein überzeugter Anhänger der Selbstverwaltung war, ist vor Erlaß der revidierten Städteordnung entschieden für eine Einführung der Genehmigungspflicht eingetreten[2]. Meier hat jedenfalls, was die Regelung der Schuldenwirtschaft angeht Recht, wenn er im Hinblick auf die StO 1808 sagt, daß es "im Wesen jeder Reformgesetzgebung" liege, daß sie "in der Anwendung der neuen Principien vielfach zu weit geht", und zwar schon deshalb, "weil sich manche ungünstigen Folgen auch bei der umfassendsten Erwägung nicht voraussehen lassen"[3].

IV. Die östliche, die westfälische und die rheinische Städteordnung

Die Städteordnung für die 6 östlichen Provinzen der Preußischen Monarchie vom 30. Mai 1853[4], die Städteordnung für die Provinz Westfalen vom 19. März 1856[5] und die Städteordnung für die Rheinprovinz vom 15. Mai 1856[6] knüpften mit erheblichen Abweichungen hinsicht-

---

1 AaO., S. 136.

2 In seiner Abhandlung "Zur ständischen Verfassung in Preußen". Zitiert nach v. Grumbkow, aaO., S. 53.

3 AaO., S. 136.

4 G.S. S. 261.

5 G.S. S. 237.

6 G.S. S. 406.

lich der Rheinprovinz - an die revStO an[1], soweit sie nicht die kurzlebige[2] Gemeindeordnung für den Preußischen Staat vom 11.3.1850[3] wörtlich übernahmen. Sie haben dann bis 1933 gegolten und auch maßgeblichen Einfluß[4] auf die Städteordnungen gehabt, die später für die von Preußen ab 1864 neu erworbenen Gebiete[5] sowie Hohenzollern[6] erlassen wurden. Auf diese soll deshalb im folgenden nicht eigens eingegangen werden.

Hinsichtlich der Aufnahme von Krediten sahen die Städteordnungen übereinstimmend vor, daß "zu Anleihen, durch welche die Gemeinde mit einem Schulden-

---

1 Dazu Becker, Die Entwicklung der deutschen Gemeinden und Gemeindeverbände im Hinblick auf die Gegenwart, S. 88; Schoen, aaO., S. 38.

2 Sie war, als Konzession an die 1848er Bewegung erlassen, schon 1852 sistiert worden und wurde 1853 aufgehoben. Näheres bei Schoen, aaO., S. 35 f.; Heffter, aaO., S. 304 ff., 329 ff. m.w.N.; Bornhak, aaO., S. 228 ff.; G. Erler, Die verwaltungspolitischen Ideen der 1848er Bewegung, ihre Grundlagen und Auswirkungen unter besonderer Berücksichtigung der preußischen Gesetze von 1850, Diss., S. 19 ff.

3 G.S. S. 213.

4 Vgl. Becker, aaO., S. 88; Schoen, aaO., S. 38.

5 Gemeindeverfassungsgesetz für die Stadt Frankfurt v. 25.3.1867 (G.S. S. 401); Gesetz, betreffend die Verfassung und Verwaltung der Städte und Flecken in der Provinz Schleswig-Holstein v. 14.4.1869 (G.S. S. 589); Städteordnung für den Regierungsbezirk Wiesbaden v. 8.6.1891 (G.S. S. 107). Städteordnung für die Provinz Hessen-Nassau v. 4.8.1897 (G.S. S. 254).

6 Hohenzollernsche Gemeindeordnung v. 2.7.1900 (G.S. S. 1891).

bestand belastet oder der bereits vorhandene vergrößert wird", die Genehmigung der (Bezirks-) Regierung erforderlich war[1]. Unter "Anleihen" war hier ebenso wie bei den entsprechenden Bestimmungen der revStO[2] grundsätzlich jede Form der Kreditaufnahme zu verstehen, insbesondere also die Aufnahme von Darlehen[3]. Allerdings war die Kreditaufnahme durch Begebung von Teilschuldverschreibungen auf den Inhaber - die eigentliche "Anleihe" im heutigen Sprachgebrauch - die Regel[4]. Soweit den kleineren Städten der unmittelbare Zugang zum Kapitalmarkt als Emissionsschuldner verschlossen war, nahmen sie vielfach Darlehen bei größeren Kreditanstalten auf, die sich dann ihrerseits durch Ausgabe von Inhaberschuldverschreibungen refinanzierten[5].

Die preußische Verwaltungsreformgesetzgebung der 70er und der 80er Jahre des vorigen Jahrhunderts[6] brachte auch eine Verminderung der staatlichen Einwirkungsmöglichkeiten auf das Schuldenwesen der Städte mit sich. Von 1884 an war für die Erteilung

---

1 § 50 Ziff. 3 öStO; § 49 Ziff. 3 westfStO; § 46 Abs. 1 Ziff. 3 rhStO.

2 Vgl. Rumpf, aaO., S. 289.

3 Oertel, Die Städteordnung für die sechs östlichen Provinzen der Preußischen Monarchie, 7. Auflage Erl. A zu § 50 Ziff. 3 öStO; Buck, Das Recht der kommunalen Finanzverwaltung, S. 100 ff.; Kappellmann, Die Städteordnung für die sechs östlichen Provinzen der Preußischen Monarchie v. 30. Mai 1853, Abs. 3 der Erl. zu § 50 öStO; Ledermann, Die Städteordnung für die sechs östlichen Provinzen der Preußischen Monarchie v. 30. Mai 1853 nebst ihren gesetzlichen Ergänzungen, Erl. 6 zu § 50 öStO.

4 Kappellmann, aaO.; Ledermann, aaO.

5 Ledermann aaO.

6 Dazu ausführlich Bornhak, aaO., S. 296 ff.

von Genehmigungen zur Kreditaufnahme der Bezirksausschuß zuständig[1]. Dieser setzte sich zusammen aus dem Regierungspräsidenten als geborenem Vorsitzenden, zwei weiteren vom König ernannten Beamten sowie vier vom Provinzialausschuß gewählten Einwohnern des Regierungsbezirks[2].

Wurde auch der staatliche Einfluß auf das Schuldenwesen der Städte durch die Übertragung der Genehmigungszuständigkeit für Kreditaufnahmen auf den Bezirksausschuß vermindert, so gab es doch noch außerhalb des Kommunalverfassungsrechts eine Möglichkeit bürokratischer Einflußnahme: Das preußische Gesetz vom 17.6.1833[3], wonach die Emission von Schuldverschreibungen auf den Inhaber - gleich welchen Ausstellers - der Genehmigung des Königs bedurfte. An die Stelle dieses Gesetzes ist dann ab 1900 § 795 BGB[4] getreten. Mit verschiedenen Erlassen der preußischen Minister des Innern und der Finanzen wurden die Grundsätze bekanntgegeben, von denen sich diese bei der Entscheidung über die Erteilung von Genehmigungen für Inhaberschuldverschreibungen, deren Aus-

---

1 § 16 Abs. 3 ZG, in Kraft getreten gem. § 164 ZG i.V.m. § 154 LVG am 1.4.1884. Mit dieser Regelung wurde an § 45 Ziff. 1 der GO v. 1850 angeknüpft.

2 § 28 LVG.

3 G.S. S. 75.

4 § 795 BGB gilt jetzt ohne wesentliche sachliche Änderung in der Fassung von § 1 des Gesetzes über die staatliche Genehmigung der Ausgabe von Inhaber- und Orderschuldverschreibungen vom 26.6.1954 (BGBl. I S. 147).

steller Gemeinden waren, leiten ließen[1]. Aus diesen Erlassen ergibt sich, daß bei der Entscheidung nicht etwa nur auf die Sicherung der Allgemeinheit vor in betrügerischer Absicht ausgestellten Obligationen sowie auf den Schutz der Währung vor einer Überzahl geldähnlicher Inhaberpapiere abgestellt wurde, was allein dem Sinn[2] des generellen Genehmigungserfordernisses des § 795 BGB bzw. seines Vorläufers entsprochen hätte. Vielmehr war speziell für die Erteilung von Genehmigungen zur Emission von Inhaberschuldverschreibungen der Städte auch der Verwendungszweck maßgeblich. Mit den Inhaberschuldverschreibungen sollten Mittel nur für "außerordentliche ...nicht bloß der Gegenwart, sondern auch der ferneren Zukunft zugute kommende Zwecke"[3] beschafft werden dürfen, was wiederum mit Beispielen erläutert[4] wurde. Ein weiterer wichtiger Gesichtspunkt war die Verteilung der zur Tilgung der Anleihe erforderlichen Lasten möglichst auf diejenigen, denen das mit ihr finanzierte Unternehmen in erster Linie zugute kam[5].

Mit Rücksicht auf die erwähnte besondere Bedeutung der Kreditaufnahme durch Obligationen im Vergleich mit den sonstigen Kreditformen war durch diese zweckentfremdende Handhabung des allgemeinen Genehmigungserfordernisses für die Emission von Schuldverschreibungen auf den Inhaber der größte Teil des städtischen Kreditvolumens wieder fest an die bürokratische

---

1 Vgl. vor allem die Erlasse v. 15.3.1890 (MBliV S. 77), v. 1.6.1891 (MBliV S. 84) und v. 6.8.1892 (MBliV S. 321).

2 Erman/Hense, § 795, Rz. 1.

3 Ziff. 1 des Erlasses v. 1.6.1891 unter Bezugnahme auf den Erlaß vom 15.3.1890.

4 AaO., Ziff. 3.

5 So etwa Ziff. 1 des Erlasses v. 6.8.1892.

Kette gelegt. Um aber auch keinen Teil des Kommunalkredits hiervon auszunehmen, wurden zugleich die Regierungspräsidenten von dem Minister des Innern angewiesen, darauf hinzuwirken, daß auch die Bezirksausschüsse nach den für die Genehmigung der Ausgabe von Inhaberschuldverschreibungen durch die Städte aufgestellten Grundsätzen verführen, wenn diese über die Genehmigung von Kreditaufnahmen ohne Ausgabe von Inhaberpapieren zu entscheiden hätten[1].

Eine vorherige Zustimmung der Aufsichtsbehörde zu dem Gesamtbetrag der vorgesehenen Kreditaufnahmen, wie sie heute überall vorgeschrieben ist, kannten die Städteordnungen von 1853 und 1856 nicht. Der Magistrat[2] hatte zwar grundsätzlich jährlich für das folgende Jahr einen "Haushaltsetat" zu entwerfen[3]. Jedoch bedurfte dieser weder als ganzes noch hinsichtlich des Gesamtbetrages etwa veranschlagter Kreditaufnahmen einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung[4]. Der Etat war vielmehr nur nach öffentlicher Auslegung des Entwurfs von der Stadtverordnetenversammlung festzustellen und alsdann der Aufsichtsbehörde abschriftlich zuzuleiten[5]. Diese konnte gegen den mit der Feststellung wirksamen Etat nur mit den allgemeinen Mitteln der Kommunalaufsicht vorgehen. Sie hatte insbesondere die Möglichkeit, den Fest-

---

1 Z.B. am Ende des Erlasses v. 1.6.1891.

2 In der Rheinprovinz der Bürgermeister, § 60 Abs. 1 rhStO.

3 § 66 Abs. 1 öStO; § 66 Abs. 1 westfStO; § 60 Abs. 1 rhStO.

4 Oertel, aaO., Erl. 5 zu § 66 öStO.

5 § 66 Abs. 2 öStO; § 66 Abs. 2 westfStO; § 60 Abs. 2 rhStO.

stellungsbeschluß der Stadtverordnetenversammlung - ebenso wie andere Beschlüsse - in einem der heutigen Regelung des Beanstandungsrechts ähnlichen Verfahren beanstanden zu lassen[1].

§ 2 Vom Ende des Ersten Weltkriegs bis zum Erlaß der Deutschen Gemeindeordnung

Die geschilderte gesetzliche Regelung der Genehmigung von Kreditaufnahmen der Städte nach den drei Städteordnungen von 1853 und 1856 führte bis zum Ende des I. Weltkriegs zu keinen Unzuträglichkeiten, die eine Gesetzesänderung hätten zwingend geboten erscheinen lassen[2]. Dies änderte sich nach 1918.

I. Inflation und wachsende Verschuldung der Gemeinden im In- und Ausland

Die allgemeine Notlage zu Beginn der 20er Jahre dieses Jahrhunderts ließ auch die Gemeinden nicht unverschont. Bei zunehmender Geldentwertung wurde der Abstand zwischen Finanzbedarf und Finanzkraft der Gemeinden immer größer. Die Gemeinden versuchten zunächst, diese Kluft in herkömmlicher Weise

---

1 § 77 öStO; § 78 westfStO; § 83 rhStO. Diese Bestimmungen wurden später durch den inhaltlich präziseren § 15 ZG ersetzt.

2 Der pr. Innenminister und der pr. Finanzminister vertraten allerdings u.a. in ihren Erlassen vom 23.8.1907 (MBliV S. 261) und vom 1.2.1912 (MBliV S. 28) die Auffassung, die kommunale Verschuldung schwelle in zu Besorgnis Anlaß gebender Weise an und versuchten, mit dieser Begründung auch die Genehmigungsbehörden zu einer strengeren Genehmigungspraxis anzuhalten.

durch Anleiheaufnahmen zu überdecken[1]. Dadurch wurde der Kredit aber zu einem "ordentlichen" Deckungsmittel, dessen Aufnahme und Verwendungszweck entgegen der bisherigen Handhabung der Genehmigungspraxis keinen besonderen Bedingungen mehr unterlag[2]. Da mit Fortschreiten der Inflation der inländische Kapitalmarkt versiegte[3], bemühten sich die Gemeinden, und zwar unter ihnen insbesondere die größeren Städte[4], in großem Umfang um Kredite aus dem Ausland. Dabei vermochten sie angesichts der nicht vorhersehbaren Entwicklung der Devisenkurse nicht zu beurteilen, ob sie je die für die Bedienung der auf ausländische Währung lautenden Anleihen erforderlichen Beträge aus laufenden Mitteln würden aufbringen können[5].

Diese Entwicklung wurde dadurch begünstigt, daß über den sachlichen Umfang der Genehmigungspflicht für Kreditaufnahmen Unklarheit herrschte. Zwar bestand kein Streit darüber, daß unter den Begriff der "Anleihe" in den Städteordnungen Kredite in jeglicher Rechtsform, also nicht nur Teilschuldverschreibungen auf den Inhaber fielen[6]. Es herrschte jedoch die Auffassung vor, daß unabhängig von der Rechtsform eine genehmigungspflichtige Anleihe nur bei einem vom

---

1 Dazu ausführlich Hansmeyer, Kommunale Finanzpolitik in der Weimarer Republik, S. 76 ff.

2 Hansmeyer, aaO., S. 77.

3 Barocka, Kommunalkredit und kommunale Finanzwirtschaft, S. 60.

4 Hansmeyer, aaO., S. 78, mit Beispielen in Fn. 58

5 Vgl. Hansmeyer, aaO.

6 S. o. S. 15.

Volumen her bedeutenden und allmählich und planmäßig zu tilgenden Kredit vorlag[1]. Deshalb nahmen die Städte gerade in den 20er Jahren zur Deckung ihres allgemeinen Finanzbedarfs in verstärktem Maße kurzfristige Kredite ohne Genehmigung des Bezirksausschusses auf, und zwar teilweise gegen Dreimonatsakzepte[2]. Auch die zuständigen preußischen Minister waren der Ansicht, daß "vorübergehende" Kredite nach den Städteordnungen nicht genehmigungspflichtig waren. Sie verstanden hierunter aber nur Verbindlichkeiten, die "als vorübergehender Ersatz für an sich feststehende, im Augenblick aber noch nicht fällige ordentliche Einnahmen aufgenommen und durch eben diese Einnahmen abgedeckt" werden: Insbesondere müßte der Eingang der feststehenden ordentlichen Einnahmen bis zum Fälligkeitstermin des Kredits zu erwarten sein[3]. Das Reichsgericht hielt dagegen auch eine kurzfristige Kreditaufnahme zur Überbrückung des Zeitraums bis zur Auszahlung einer langfristigen Anleihe, deren Genehmigung beantragt war - also einer außerordentlichen und noch nicht feststehenden Einnahme - für nicht genehmigungspflichtig[4]. Die Praxis der Genehmigungsbehörden

---

1 Oertel, Die Städteordnung für die sechs östlichen Provinzen der Preußischen Monarchie vom 30. Mai 1853, 6. Aufl., Erl. zu § 50 Ziff. 3 öStO; Ledermann, aaO., Erl. 5 zu § 50 öStO; Buck, aaO. Zustimmend RGZ 122, 175, 178 v. 26.10.1928; OLG Hamm zitiert nach RG JW 1927, S. 1251 Nr. 8; KG RVBl. 1927/28, S. 61; Hettlage, Die kurzfristige Verschuldung der Städte und die Staatsaufsicht, RVBl. 1930, S. 748, 750.

2 Einen solchen Fall behandelt RGZ 122, 175, 178

3 Erlasse v. 27.1.1925 (MBliV Sp. 134 u. v. 26.2.1925 (MBliV Sp. 228).

4 RGZ 122, 175, 178 (v. 26.10.1928).

folgte ihm[1]. Durch einen solchen Vorgriff auf den Anleiheerlös konnte aber auf die Genehmigungsbehörde erheblicher Druck ausgeübt werden, wenn bei Versagung der Genehmigung die Rückzahlung des kurzfristigen Kredits gefährdet war.

Ein Einschreiten des Gesetzgebers erfolgte erst mit der auf Art. 48 Abs. 2 gestützten Notverordnung des Reichspräsidenten vom 1. Nov. 1924[2], wonach die rechtsgültige Aufnahme von Krediten jeder Art im Ausland durch Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände sowie die Bürgschaft oder Stellung von Sicherheiten für solche Kredite der Zustimmung des Reichsministers der Finanzen bedurfte. Eine Versagung der Zustimmung war allerdings nur mit Zustimmung des Reichsrats zulässig. Die Dauer dieser Notverordnung war bis zum 31. Januar 1925 befristet. Deshalb trafen das Reich und die Länder und diese untereinander Ende 1924 eine als "Richtlinien über die Aufnahme von Auslandskrediten durch die Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände" bezeichnete Vereinbarung[3], zu deren Beachtung die Genehmigungsbehörden für Kommunalkredite durch die preußischen Minister des Innern und den preußischen

---

1 Zschintzsch, Kommunalkredit, S. 25. Nach Zschintzsch, aaO., äußerte schließlich auch der prMdI in einem nicht veröffentlichten Erlaß v. 17.5.1930 die Ansicht, daß keine Bedenken dagegen bestünden, wenn sich die Genehmigungsbehörden der Rechtsprechung des RG anschlössen.

2 RGBl. I S. 726.

3 Abgdruckt in MBliV 1925 Sp. 132.

Finanzminister angewiesen wurden[1]. Nach diesen Richtlinien waren nur Auslandskredite zu bestimmten Bedingungen zulässig. Vor Aufnahme von Krediten, die von diesen Richtlinien abwichen, war eine neu einzurichtende, aus Sachverständigen bestehende "Beratungsstelle" gutachtlich zu hören.

Am 29. Januar 1925 wurde dann für die Dauer des Monats Februar 1925 eine weitere, die Aufnahme von Auslandskrediten der Gemeinden und Gemeindeverbände betreffende Notverordnung des Reichspräsidenten erlassen[2]. Nach dieser war die Zustimmung des Reichsministers der Finanzen zur Aufnahme von Auslandskrediten der Gemeinden und Gemeindeverbände nur noch insoweit erforderlich, als hierfür nicht schon nach Landesrecht eine Genehmigung "von Aufsichts wegen" erforderlich war.

Diese Regelung wurde durch das Gesetz über die Aufnahme von Auslandskrediten durch Gemeinden und Gemeindeverbände vom 21. März 1925[3] nunmehr für unbestimmte Zeit aufrechterhalten[4]. Das Reichsgesetz wurde für

---

1 Durch den RdErl. v. 27.1.1925 (MBliV Sp. 134). Soweit für die Kreditaufnahmegenehmigung kollegial organisierte Gremien, wie etwa für die Städte der Bezirksausschuß, zuständig waren, hatte dieser Erlaß nur die Wirkung einer Empfehlung. Die Oberpräsidenten, Regierungspräsidenten und Landräte wurden deshalb zugleich angewiesen, als Vorsitzende solcher Gremien gem. den §§ 123, 126 LVG gegen Genehmigungsbeschlüsse Einspruch zu erheben, die den "Richtlinien" zuwiderliefen.

2 RGBl. I S. 7.

3 RGBl. I S. 27.

4 Dieses Gesetz kam, wie sich aus der Verkündungsformel ergibt, unter Wahrung der Erfordernisse verfassungsändernder Gesetze zustande. Dies war nötig, weil dem Reich auch nach der WRV für das Kommunalrecht die Gesetzgebungskompetenz fehlte.

Preußen in vollem Umfang gegenstandslos[1] mit Inkrafttreten des Gesetzes betreffend den ausländischen Kommunalkredit vom 9. Juli 1925[2], durch das die Aufnahme nur "vorübergehender, aus ordentlichen Einnahmen zu deckender" Kredite durch die Gemeinden und Gemeindeverbände der Genehmigung der Aufsichtsbehörde unterworfen wurde. Damit wurde das Recht der Kreditgenehmigung für die preußischen Städte noch unübersichtlicher : Nunmehr war für die Genehmigung "vorübergehender" Auslandskredite die allgemeine Kommunalaufsichtsbehörde zuständig, dagegen oblag die Genehmigung sonstiger Kreditaufnahmen im In- und Ausland weiterhin dem Bezirksausschuß[3]. Für die Kommunalaufsichtsbehörde waren die Richtlinien über die Aufnahme von Auslandskrediten schon deshalb verbindlich, weil sie zu ihrer Beachtung durch die zuständigen Minister angewiesen worden waren. Für die kollegial organisierten Genehmigungsbehörden wurden die Richtlinien nunmehr durch das Gesetz selbst[4] für verbindlich erklärt.

Dadurch, daß das Gesetz vom 9. Juli 1925 die "vorübergehenden" Kredite von den sonstigen "Anleihen" unterschied, trug es zur Lösung des Streites um den sachlichen Umfang der Genehmigungspflicht für kommunale Kreditaufnahmen bei, brachte allerdings entgegen seiner Intention[5] keine abschließende Klärung. Denn die

---

1 Ebenso der RdErl. des prMdI und des prFinM v. 30.7.1925 (MBliV Sp. 835).

2 G.S. S. 89.

3 Vgl. den erwähnten RdErl. v. 30.7.1925 (MBliV Sp. 835).

4 § 3 des Gesetzes v. 9.7.1925.

5 Ziff. 1 des RdErl. des prMdI und des prFinM v. 1.8.1925 (MBliV Sp. 857).

Legaldefinition des "vorübergehenden" Kredits war insoweit unzulänglich, als aus ihr nicht hervorging, wann die ordentlichen Einnahmen, in deren Vorgriff der Kredit aufgenommen wurde, spätestens einzugehen hatte. Auch fehlte es an einer allgemein anerkannten Definition des Begriffes "ordentliche" Einnahmen[1].

In den folgenden Jahren relativer wirtschaftlicher Stabilität in Deutschland blieb diese gesetzliche Regelung gemeindlicher Kreditaufnahmen unverändert[2]. Ein 1930 veröffentlichter Entwurf einer "Reichs-Städteordnung" durch den Deutschen Städtetag aus dem Jahre 1929[3] wurde nicht Gesetz. Er sah für Kreditaufnahmen der Städte keinen Genehmigungsvorbehalt mehr vor. Die Aufsichtsbehörde sollte jedoch gem. § 42 des Entwurfs gegen den Beschluß über die Kreditaufnahme binnen vierzehn Tagen nach Mitteilung mit aufschiebender Wirkung Einspruch einlegen können.

II. Die Weltwirtschaftskrise

Der Ausbruch der Weltwirtschaftskrise vergrößerte die Finanznot der Gemeinden wiederum. Die Steuereinnahmen und staatlichen Zuweisungen gingen zurück,

---

1 Deshalb sahen sich der prMdI und der prFinM veranlaßt, in dem Erlaß v. 1.8.1925 (MBliV Sp. 857) erneut zu dem gesamten Problemkreis des Umfangs der Genehmigungspflicht Stellung zu nehmen.

2 Allerdings wurden die "Richtlinien über die Aufnahme von Auslandskrediten" Ende 1926 geändert (abgedruckt in MBliV 1926 Sp. 996) und am 21.10. 1927 neu gefaßt (abgedruckt in MBliV 1928 Sp. 503).

3 Reichs-Städteordnung. Begründung und Entwurf Berlin 1930.

während sich gleichzeitig die Ausgaben der Gemeinden auf dem Gebiet der Erwerbslosenfürsorge stark erhöhten. Der Abzug von Auslandseinlagen bei deutschen Banken, die fehlende Bereitschaft im In- und Ausland, deutschen Schuldnern neuen Kredit einzuräumen, sowie die besonders starke Kreditnachfrage gerade der öffentlichen Hand ließen es für die einzelne Gemeinde immer schwieriger werden, Lücken im Etat durch Kreditaufnahmen zu schließen. Die Kurse der Kommunalobligationen sanken ständig, so daß die Neigung des Publikums, den Gemeinden durch Kauf solcher Schuldverschreibungen langfristiges Geld zur Verfügung zu stellen, immer mehr abnahm[1]. Waren langfristige Mittel nicht mehr zu bekommen, blieb nur noch der Versuch, sich mit Aufnahme kurzfristiger Inlandskredite zu helfen.

Das Reich und die Länder versuchten zunächst, der bedrohlichen Entwicklung des Kommunalkredits dadurch zu steuern, daß sie Ende 1930 im Wege der gegenseitigen Vereinbarung "Richtlinien für das Schuldenwesen der Gemeinden"[2] aufstellten. Die Landesregierungen verpflichteten sich, auf eine entsprechende Anpassung der Gesetzgebung hinzuwirken. Diese Richtlinien galten nunmehr für Kreditaufnahmen im In- und Ausland. Hinsichtlich der Auslandskredite beschränkte sich die Vereinbarung aber darauf, daß die dafür bereits ergangenen Richtlinien mit gewissen Änderungen weitergelten sollten.

Die Richtlinien umrissen zunächst den Begriff der

---

1 Barocka, Kommunalkredit und kommunale Finanzwirtschaft, S. 66 ff.

2 Abgedruckt in MBliV 1931 Sp. 117.

"vorübergehenden" Kredite - nunmehr wie im heutigen Sprachgebrauch "Kassenkredite" genannt - schärfer und suchten damit dem Mißbrauch der genehmigungsfreien Kassenkredite zur Kreditschöpfung vorzubeugen. Zu den "Kassenkrediten (Betriebskrediten)" zählten danach nur die "vorübergehenden Kredite, die aus ordentlichen Einnahmen des laufenden Haushaltsjahres oder sonst innerhalb von 9 Monaten aus ordentlichen Einnahmen zu decken sind". Solche Kassenkredite sowie sonstige ähnliche im Rahmen der laufenden Verwaltung abzuschließende, ihrer Natur nach regelmäßig wiederkehrende Rechtsgeschäfte sollten genehmigungsfrei sein, sofern es sich nicht unmittelbar oder mittelbar um die Aufnahme von Auslandskrediten handelte. Im übrigen sollte jegliche Kreditaufnahme der Genehmigung der Landesregierung bzw. der sonst nach dem Landesverfassungsrecht zuständigen Behörde bedürfen. Dies galt auch für Darlehen, die im Vorgriff auf eine rechtsverbindlich zugesagte und genehmigte Anleihe aufgenommen wurden, und zwar selbst dann, wenn ihre Laufzeit nicht mehr als 1 Jahr betrug. Die Genehmigungspflicht sollte sich ferner auch auf Umgehungsgeschäfte erstrecken. Vor Erteilung einer Genehmigung sollte bei Kreditaufnahmen im Inland ein Gutachten des zentralen Kreditausschusses des kommunalen Spitzenverbandes[1], dem die beteiligte Gemeinde angehörte, eingeholt[2] werden. Für die Auf-

---

1 Eine Aufstellung der verschiedenen Kreditausschüsse enthält der RdErl. des prMdI und des prFinM v. 17.6.1931 (MBliV Sp. 617).

2 Der Gedanke einer "Zentralisierung" der Schuldenwirtschaft der Städte zum Zwecke der Kurspflege und des Schutzes vor ruinösem Konditionenwettbewerb war durchaus nicht neu. So etwa schon 1900 Most, Die Schuldenwirtschaft der deutschen Städte.

nahme von Auslandskrediten blieb es bei dem Gutachten der dafür in den einschlägigen Richtlinien vorgesehenen Beratungsstelle.

Durch das Gesetz vom 29. Mai 1931[1] erhielt der Inhalt der Schuldenrichtlinien für Preußen Gesetzeskraft. Damit war der Streit über die Abgrenzung von Anleihe und Kassenkredit beendet. Dieselbe Wirkung hatte § 5 von Kapitel I des Dritten Teils der Notverordnung des Reichspräsidenten vom 6. Oktober 1931[2] für das ganze Reich. Die Notverordnung brachte gegenüber dem bisher ansonsten inhaltsgleichen preußischen Gesetz nur insoweit eine materielle Änderung, als nunmehr Kassenkredite genehmigungspflichtig wurden, wenn sie sich auf mehr als ein Viertel der haushaltsmäßigen ordentlichen Soll-Einnahmen beliefen[3]. Die Notverordnung änderte aber nichts an der Zuständigkeit der bisherigen Genehmigungsbehörden[4], in Preußen also insbesondere nicht an der Genehmigungskompetenz des Bezirksausschusses für Kreditaufnahmen durch die Städte.

III. Gemeindeumschuldungsgesetz 1933 und Reform des preußischen Gemeinderechts

Die erste Maßnahme der neuen Machthaber auf dem Gebiet der Gemeindefinanzen war der Erlaß des ersten Gemeindeumschuldungsgesetzes vom 21. September 1933[5].

---

1 G.S. S. 73.

2 RGBl. I S. 537.

3 Dritter Teil, Kapitel I, § 2 Nr. 2.

4 Vgl. den RdErl. des prMdI und des prFinM v. 29.10.1931 (MBliV Sp. 1118).

5 RGBl. I S. 647.

Danach waren die Gemeinden, die dem neu zu errichtenden Umschuldungsverband deutscher Gemeinden beitraten, berechtigt, den inländischen Gläubigern bereits fälliger oder bis zum 31. März 1935 fällig werdender Kredite deren Umschuldung in Schuldverschreibungen des Umschuldungsverbandes anzubieten. Diese hatten keine feste Fälligkeit, sondern waren mit 4% zu verzinsen und mit 3% zuzüglich ersparter Zinsen zu tilgen; das ergab eine Laufzeit von ca. 20 Jahren. Nahm der Gläubiger das Umschuldungsangebot nicht an, so galten Hauptforderung und Zinsen - rückständige und künftig fällig werdende - als auf 5 Jahre vom Tage des Angebots an gestundet[1]. Den Gemeinden wurde zugleich in § 13 GUG bis zum 31. März 1935 untersagt, neue Kredite mit Ausnahme von Kassenkrediten aufzunehmen. Die Genehmigung zu Ausnahmen hiervon durfte die Aufsichtsbehörde nur im Einvernehmen mit dem Reichsminister der Finanzen erteilen. Die Ausnahmegenehmigung sollte nur erteilt werden, wenn die Effektivverzinsung[2] 4% nicht überstieg.

Die mit dem Gemeindeumschuldungsgesetz bezweckte Konsolidierung der kurzfristigen Schulden der Gemeinden trat weitgehend ein[3]. Das weitere Ziel des § 13 GUG, den Zinssatz für Kommunalkredite auf nicht mehr als 4% zu drücken, ließ sich nicht ganz erreichen. Mit

---

1 Wegen des Fehlens eines solchen Druckmittels war von der auch schon in Kap. II des Dritten Teils der NotVO v. 6.10.1931 vorgesehenen Umschuldungsmöglichkeit wenig Gebrauch gemacht worden. Vgl. Schäfer, Eberhard, Die Einflußnahme des Bundes (Reichs) auf die Verschuldung von Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden in rechtshistorischer Darstellung, Diss., S. 74 f.

2 Bayrhoffer/Fuchs, Das Gemeindeumschuldungsgesetz, Erl. 2b zu § 13 GUG; Quincke, Das Gemeindeumschuldungsgesetz vom 21. September 1933 in der Fassung vom 14. November 1933, Erl. 5 zu § 13.

3 Dazu ausführlich Delius, Die Gemeindeschulden, RVBl. 1936, S. 134.

Runderlaß des prMdI vom 8. Juni 1934[1] wurden für Preußen als genehmigungsfähige Höchstzinssätze 5% für Kreditaufnahmen bei privaten Geldgebern und 4 1/2% für solche bei öffentlichen Kreditanstalten festgesetzt.

Das gesamte Gemeinderecht wurde dann in Preußen durch das Gemeindeverfassungsgesetz vom 15. Dez. 1933[2], welches nach seiner Präambel die nationalsozialistische Staatsauffassung auch im Gemeindeleben sichern sollte, und das Gemeindefinanzgesetz vom selben Tage[3] reformiert. Das Gemeindefinanzgesetz regelte die Haushalts- und Wirtschaftsführung der Gemeinden, über die in dem Gemeindeverfassungsgesetz keine Bestimmungen getroffen waren. Vorschriften über die Aufnahme und Genehmigung sowie haushaltsmäßige Behandlung von Kreditaufnahmen decken sich inhaltlich so sehr mit denen der deutschen Gemeindeordnung[4], daß auf ihre Darstellung verzichtet werden kann.

§ 3 Von der Deutschen Gemeindeordnung bis zur Haushaltsreform 1972/73

I. Die Deutsche Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935[5]

Die deutsche Gemeindeordnung unterschied sich zunächst schon dadurch von allen früheren Gemeindever-

---

1 MBliV Sp. 807.

2 G.S. S. 427.

3 G.S. S. 442.

4 Vgl. insbesondere die §§ 72, 74 prGemFinG mit den §§ 76, 78 DGO. Dazu Surén/Loschelder, Erl. 1 zu § 76 DGO.

5 RGBl. I S. 49.

fassungsgesetzen, daß sie erstmals ein einheitliches Recht für alle deutschen Gemeinden mit Ausnahme Berlins[1] mit sich brachte. Auch materiell enthielt sie - ganz abgesehen von den typisch nationalsozialistisch motivierten Neuerungen - gegenüber dem früheren Recht der einzelnen Länder[2] zahlreiche bedeutende Änderungen.

Ihre Ziele waren: Verwaltungsreform der Gemeinden, insbesondere die Einführung der "unbeschränkten Führerverantwortlichkeit", Einordnung der Gemeinden in den Staat, Ordnung des gemeindlichen Finanzwesens, Neugliederung der Gemeinden oder Zusammenfassung zu engeren Verbänden, Einheit der örtlichen Verwaltung[3]. Hinsichtlich des Finanzwesens enthielt sie allerdings nur Rahmenbestimmungen, die durch Verordnungen des Reichsministers des Innern im Einvernehmen mit dem Reichsminister der Finanzen ergänzt werden sollten[4]. Aufgrund dieser Ermächtigungen sind dann in der Folge die Rücklagenverordnung[5], die Gemeindehaushaltsverordnung[6], die Kassen- und Rechnungsverordnung[7] und die Eigenbetriebsverordnung[8] ergangen.

---

1 Gem. § 122 DGO galt das Gesetz nicht für Berlin.

2 In Preußen allerdings im wesentlichen nur gegenüber dem vor Erlaß des GemVerfG und des GemFinG ein gutes Jahr zuvor geltenden Recht.

3 Vgl. den Allgemeinen Teil der amtl. Begr. zur DGO, abgedruckt im Reichsanzeiger 1935, Nr. 25, S. 1 ff.

4 § 105 Abs. 2 DGO.

5 Vom 5.5.1936 (RGBl. I S. 435).

6 Vom 4.9.1937 (RGBl. I S. 921).

7 Vom 2.11.1938 (RGBl. I S. 1538).

8 Vom 21.11.1938 (RGBl. I S. 1650).

Das neue Recht der gemeindlichen Kreditaufnahme wird nur im Zusammenhang mit der völligen Neugestaltung des Gemeindehaushaltsrechts verständlich:

Die Gemeinde hatte für jedes Rechnungsjahr eine Haushaltssatzung zu erlassen, in der der Haushaltsplan, die Hebesätze der Gemeindesteuern, der Höchstbetrag der Kassenkredite und der Gesamtbetrag der zur Bestreitung von Ausgaben des außerordentlichen Haushaltsplans bestimmten Kredite festzusetzen waren[1]. Der Haushaltsplan hatte alle voraussehbaren Ausgaben und Einnahmen des Rechnungsjahres zu enthalten[2].

Die Abgrenzung zwischen ordentlichem und außerordentlichem Haushaltsplan erfolgte von der Einnahmeseite her: Der ordentliche Haushaltsplan enthielt die Verwaltungseinnahmen, die allgemeinen Deckungsmittel und die Entnahmen aus nicht für einen außerordentlichen Bedarf angesammelten Rücklagen sowie die aus diesen "ordentlichen" Einnahmen zu bestreitenden Ausgaben[3]. Der außerordentliche Haushaltsplan enthielt die Einnahmen aus der Aufnahme von Krediten und der Veräußerung von Gemeindevermögen, aus Entnahmen aus dem Kapitalvermögen, die für außerordentliche Ausgaben verwendet werden sollten, aus für einen außerordentlichen Bedarf angesammelten Rücklagen und alle sonstigen "nichtordentlichen" Einnahmen sowie die hieraus zu bestreitenden Ausgaben[4].

---

1 § 83 DGO.

2 § 85 Abs. 1 DGO.

3 § 1 Abs. 2 GemHVO.

4 § 1 Abs. 3 GemHVO.

Im Gegensatz zum ordentlichen Haushaltsplan, für den der Grundsatz der Gesamtdeckung galt, durften Einnahmen des außerordentlichen Haushaltsplans nur für die Ausgaben verwendet werden, für die sie in diesen eingestellt worden waren[1]. Es durfte also insbesondere der Erlös aus einer Darlehnsaufnahme nur für das Projekt verwendet werden, für das das Darlehn veranschlagt worden war[2]. Stellte sich im Laufe der Durchführung des Vorhabens heraus, daß es billiger als geschätzt sein würde, so durfte deshalb eine nicht benötigte Darlehnsspitze nicht zur Finanzierung eines anderen Projekts, dessen tatsächliche Kosten die veranschlagten überstiegen, verwendet werden.

Die Haushaltssatzung bedurfte nicht insgesamt, sondern nur hinsichtlich der Höhe der Steuersätze, des Höchstbetrages der Kassenkredite und des Gesamtbetrages der im außerordentlichen Haushaltsplan veranschlagten Kredite der Genehmigung der Aufsichtsbehörde[3].

---

1 § 39 GemHVO.

2 Hettlage/Loschelder, Gemeindewirtschaftsrecht, Teil 2: Gemeindehaushaltsrecht, Abs. 2 der Erl. zu § 39 GemHVO.

3 § 86 Abs. 1 DGO. Aufsichtsbehörde war für die kreisangehörigen Gemeinden im gesamten Reich der Landrat, für die kreisfreien Städte in Bayern, Preußen und Sachsen der Regierungspräsident, in den übrigen Ländern eine oberste Landesbehörde, § 33 Abs. 1 der 1. DVO zur DGO v. 22.3.1935 (RGBl. I S. 393). Obere Aufsichtsbehörde war in Bayern, Preußen und Sachsen der Regierungspräsident, in den übrigen Ländern wiederum eine oberste Landesbehörde, § 33 Abs. 2 1. DVO. Oberste Aufsichtsbehörde war der RMI, § 107 DGO, in Bayern, Preußen und Sachsen jedoch bis auf weiteres die bisher zuständige oberste Landesbehörde, welche an Weisungen des RMI gebunden war, § 33 Abs. 3 1. DVO.

Damit ergab sich für die Aufsichtsbehörde nunmehr ein doppelter Genehmigungsvorbehalt für Kreditaufnahmen der Gemeinden. Denn die Genehmigung des im außerordentlichen Haushaltsplans veranschlagten Gesamtbetrags war nur vorbehaltlich der Genehmigung zur Aufnahme der einzelnen Darlehen auszusprechen[1]. Die Gesamtgenehmigung war zu versagen, wenn sich schon im Zeitpunkt der Entscheidung über ihre Erteilung erkennen ließ, daß die Voraussetzungen für die Aufnahme der einzelnen Kredite nicht vorlagen[2]. Diese Voraussetzungen waren: Vorliegen eines "außerordentlichen und unabweisbaren Bedarfs" und ferner das Unvermögen zu anderweitiger Deckung sowie die Leistungsfähigkeit zur Erfüllung der Verzinsungs- und Tilgungsverpflichtungen[3].

Die Aufnahme der einzelnen Kassenkredite blieb weiterhin genehmigungsfrei: Eine Einengung der gemeindlichen Liquiditätspolitik und zugleich eine Beschränkung der Möglichkeiten, den Kassenkredit nicht nur als Liquiditätshilfe, sondern als echtes Finanzierungsmittel zu gebrauchen, ergab sich aber aus dem neu eingeführten Genehmigungsvorbehalt für den Höchstbetrag der Kassenkredite[4]. Als Höchstbetrag durfte nur in Ausnahmefällen mehr als 1/6 des haushaltsmäßigen ordentlichen Einnahmesolls genehmigt werden[5]. Schließlich war Voraussetzung für die Kassenkreditgenehmigung, daß der Liquiditätsbedarf nicht aus der Betriebsmittelrücklage, zu deren Ansammlung je-

---

1 § 76 Abs. 1 Satz 3 1. Halbs. DGO.
2 § 76 Abs. 1 Satz 3 2. Halbs. DGO.
3 § 77 Abs. 1 DGO.
4 Storck, Der Gemeindekredit, S. 35.
5 § 81 Abs. 1 Satz 2 DGO.

de Gemeinde verpflichtet war, gedeckt werden konnte[1].

Kassenkredite durften nur im Vorgriff auf ordentliche Einnahmen aufgenommen werden[2], also anders als nach dem preußischen Gesetz vom 29.5.1931 und der NotVO vom 6.10.1931 nicht auch als Liquiditätshilfe vor Eingang des Erlöses aus der Aufnahme eines langfristigen Kredits oder der Veräußerung von Gemeindevermögen. Für letzteren Zweck wurde das Institut des Zwischenkredits in das Gemeindewirtschaftsrecht eingeführt[3]. Zwischenkredite fielen unter den Gesamtbetrag der Darlehen, der im Rahmen der Haushaltssatzung der Genehmigung der Aufsichtsbehörde bedurfte[4]. Sie unterlagen auch wie jede andere Darlehnsaufnahme der Einzelgenehmigungspflicht[5].

Das Gemeindeumschuldungsgesetz galt nach Erlaß der DGO in geänderter Form fort. Das bis zum 31. März 1935 befristete grundsätzliche Verbot jeglicher Kreditaufnahme wurde jedoch nicht verlängert. Die nach der DGO erforderliche Genehmigung der Aufsichtsbehörde zu Kreditaufnahmen der Gemeinde durfte nach der Neufassung[6] des § 13 GUG nur mit Einwilligung der Reichsminister des Innern und der Finanzen erteilt werden. Die Genehmigung sollte weiterhin

---

1 § 81 Abs. 2 DGO.

2 § 81 Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 S. 2 DGO.

3 § 77 Abs. 2 DGO.

4 Ihre haushaltsmäßige Behandlung bereitete jedoch Schwierigkeiten. Vgl. Surén/Loschelder, Erl. 2b cc ε zu § 76 DGO.

5 Surén, Gemeindewirtschaftsrecht, S. 357.

6 Durch das Gesetz v. 29.3.1935 (RGBl. I S. 456).

grundsätzlich nur[1] für Kredite, deren Effektivverzinsung 4% nicht überstieg, erteilt werden[2].

II. Die Zeit nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs

Die Deutsche Gemeindeordnung gehörte nicht zu den Gesetzen, die durch das Gesetz Nr. 1[3] der Militärregierung aufgehoben wurden. Der Grund hierfür war wohl, daß die DGO, wenn man die typisch nationalsozialistischen Bestimmungen - insbesondere das "Führerprinzip" - nicht mehr anwandte, als ein zumindest vorübergehend durchaus brauchbares Gesetz erschien[4].

Die DGO lag auch verschiedenen provisorischen Neuregelungen des Gemeinderechts in den einzelnen Besatzungszonen zugrunde[5]. Das wichtigste Beispiel hierfür ist die für das britische Kontrollgebiet mit Wirkung vom 1. April 1946 erlassene Verordnung Nr. 2[6]. Diese sogenannte revidierte deutsche Gemein-

---

1 Eine Ausnahme galt für Kredite, die aufgrund von Reichs- oder Landesgesetzen oder nach näherer Anordnung der zuständigen Reichsminister bereitgestellt wurden, § 13 S. 3 GUG i.d.F. v. 29.3.1935.

2 § 13 S. 2 GUG.

3 ABl. Mil.-Reg. Deutschland, Britisches Kontrollgebiet, 1945, S. 35.

4 Vgl. Gönnenwein, Das deutsche Gemeindeverfassungsrecht, AöR 74, (1948), S. 191 ff.

5 Vgl. die Nachweise bei Becker, Die Entwicklung der deutschen Gemeinden und Gemeindeverbände im Hinblick auf die Gegenwart, S. 105.

6 ABl. der Mil.-Reg. Deutschland, Britisches Kontrollgebiet, 1946, S. 127.

deordnung übernahm die DGO von 1935 im Wortlaut, soweit sie sie nicht - vor allem auf dem Gebiet der inneren Gemeindeverfassung - inhaltlich abänderte.

Von 1948 an wurden dann in allen Ländern gründlicher vorbereitete neue Gemeindeordnungen erlassen, die im Laufe der Jahre häufig geändert und zum Teil auch neu bekanntgemacht wurden[1]. Das mit dem "Entwurf einer deutschen Gemeindeordnung" des Deutschen Städtetages von Mai 1947[2] und dem späteren "Weinheimer Entwurf" von Juni 1948[3] erstrebte Ziel einer Rechtsangleichung - mit Ausnahme der inneren Gemeindeverfassung - wurde dabei nicht in dem erhofften Umfang erreicht. Nur im Gemeindewirtschaftsrecht, und hier insbesondere im Schuldenwesen, setzte sich der Gedanke der Rechtsübereinstimmung[4] in allen Ländern nahezu vollständig durch: Die Länder übernahmen die entsprechenden Bestimmungen der DGO weitgehend wörtlich[5].

---

1 Nachweise bei Loschelder, Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik Deutschland.

2 Abgedruckt bei Engeli/Haus, Quellen zum modernen Gemeindeverfassungsrecht in Deutschland, S. 743 ff.

3 Abgedruckt als Anhang bei Markull, Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein vom 24. Januar 1950.

4 Vgl. Loschelder, aaO., S. 38.

5 §§ 92 - 98 bawüGO; Art. 82 - 87 bayGO;
§§ 105 - 110 hessGO; §§ 98 - 104 nsGO;
§§ 78 - 83 nwGO; §§ 89 - 94 rhpfGO;
§§ 98 - 103 saarGO; §§ 91 - 96 shGO;
jeweils in der bis zur Haushaltsreform geltenden Fassung.

Es blieb somit dabei, daß Kredite nur für einen außerordentlichen und unabweisbaren Bedarf und nur, wenn eine anderweitige Deckung nicht möglich war, aufgenommen werden durften, und daß zunächst ihr Gesamtbetrag und dann noch jeder einzelne Kredit genehmigungspflichtig war. Eine teilweise Ausnahme machten nur Baden-Württemberg und Hessen: In Baden-Württemberg war eine Kreditaufnahme bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen schon dann zulässig, wenn eine andere Regelung "wirtschaftlich nicht zweckmäßig" war[1]; Zwischenkredite[2] fielen nicht unter den Begriff des "Darlehns"[3], unterlagen deshalb überhaupt keiner Genehmigungspflicht und brauchten auch nicht im Haushaltsplan veranschlagt zu werden[4]. In Hessen gab es keine Gesamtbetragsgenehmigung.

Das Zustimmungserfordernis der §§ 13, 14 GUG galt als Regelung des Kommunalrechts mangels Gesetzgebungskompetenz des Bundes gem. Art. 123 GG als Landesrecht zunächst fort[5]. Das GUG wurde in der Folge in den meisten Ländern ausdrücklich aufgehoben[6]. In Baden-Württemberg wurde es nicht mehr angewandt[7].

---

1 § 93 bawüGO.

2 § 98 bawüGO.

3 Surén, Gemeindewirtschaftsrecht, S. 357.

4 Surén, aaO.; Pressmar, Reform des Darlehnsgenehmigungsverfahrens, GemH 1960, S. 32, 33.

5 Rietdorf, Ist das Zustimmungsverfahren nach dem Gemeindeumschuldungsgesetz noch zeitgemäß?, StT 1953, S. 191; Zimmermann, Der Kommunalkredit in der Kapitalmarktkrise 1965, GemH 1965, S. 217, 218; Surén, aaO., S. 394 m.w.N.

6 Nachweise bei Surén, aaO.

7 Pressmar, aaO.

In Nordrhein-Westfalen behielt der Zustimmungsvorbehalt zu Kreditgenehmigungen dagegen bis zur Reform des Gemeindehaushaltsrechts auch in der Praxis erhebliche Bedeutung[1].

Kassenkredite durften nach allen Gemeindeordnungen weiterhin nur für ordentliche Ausgaben und nur bis zu einem in der Haushaltssatzung festgelegten Höchstbetrag aufgenommen werden. Anders als nach der DGO[2] bedurfte in einigen Ländern die Haushaltssatzung insoweit jedoch nur noch dann der Genehmigung der Aufsichtsbehörde, wenn dieser Höchstbetrag eine bestimmte Quote der veranschlagten ordentlichen Einnahmen überstieg[3].

---

1 Vgl. den RdErl. des nwIM v. 29.7.1965 (n.v.), wonach der Effektivzins für gemeindliche Kreditaufnahmen 7,6% nicht übersteigen durfte. Dazu krit. Schmitz, Kommunalverschuldung und Kapitalmarkt in der Bundesrepublik Deutschland, AFK 5 (1966), S. 303, 319 ff.; vgl. ferner etwa den RdErl. des nwIM v. 4.9.1968 (MBl. S. 1742).

2 § 86 Abs. 1 Nr. 2 DGO.

3 Vgl. jeweils die Nachweise bei Surén, Gemeindewirtschaftsrecht, S. 441 ff.

§ 4 Die Haushaltsreform

I. Die Reformgesetzgebung

Im Laufe der Jahre 1972 und 1973 wurde mit Ausnahme des bremischen Rechts für die Stadt Bremerhaven das Gemeindehaushaltsrecht aller Bundesländer, die Gemeindeordnungen kennen, und mit ihm das Recht der gemeindlichen Schuldenwirtschaft vollständig reformiert. Das neue Haushaltsrecht war in allen Ländern mit Ausnahme von Rheinland-Pfalz und des Saarlandes, wo es erst von 1975 an gilt, erstmals für das Rechnungsjahr 1974 anzuwenden[1]. Grundlage der Neuregelung waren in allen Ländern Musterentwürfe der Innenministerkonferenz[2]. Der Musterentwurf vom 3. März 1971 (E-GO)[3] betrifft die in die Gemeindeordnungen selbst aufzunehmenden Bestimmungen, der Musterentwurf vom 22. März 1972 (E-GemHVO)[4] enthält den Vorschlag einer neuen Gemeindehaushaltsverordnung. Beide Musterentwürfe wurden von den beteiligten Ländern inhaltlich und sprachlich im wesentlichen unverändert übernommen[5]. Damit bleibt die Rechtsangleichung, die durch die fast vollständige inhaltliche Beibehaltung der Bestimmungen des Sechsten Teils der DGO und der GemHVO von 1937 auch nach dem Zweiten Weltkrieg erreicht worden war, erhalten.

---

1 Vgl. die Aufstellung der Reformgesetze bei Depiereux, Das neue Haushaltsrecht der Gemeinden, S. 225.

2 Zur Vorgeschichte der Musterentwürfe vgl. Steenbock, Kommunale Haushaltsreform, Tz. 7.

3 Abgedruckt bei Depiereux, aaO., S. 225.

4 Abgedruckt bei Depiereux, aaO., S. 277.

5 Vgl. die Synopse bei Depiereux, aaO., S. 226 ff., 278 ff.

II. Gründe für die Reform

Nachdem bis dahin in der Literatur allgemein die Auffassung vertreten worden war, daß die bisherige, der DGO und der GemHVO 1937 entlehnte Regelung sich im wesentlichen bewährt habe[1], gaben etwa von 1967 an verschiedene Gesichtspunkte Veranlassung zu der Reform:

1. Nutzbarmachung der gesamten öffentlichen Haushaltswirtschaft für die Konjunktursteuerung.

Während der konjunkturellen Schwankungen in der Bundesrepublik seit 1949 hatte sich gezeigt, daß die öffentlichen Haushalte zu ausgesprochen prozyklischem Verhalten neigten[2]. Diese Tendenz wurde besonders deutlich in den Jahre 1964/65: Die Bundesregierung sah in dem Nachtrag vom 8. Juni 1964 zum Wirtschaftsbericht 1964 vor allem wegen des mit dem konjunkturellen Aufschwung 1963/64 in den meisten EWG-Staaten ansteigenden Preisniveaus für die Bundesrepublik eine starke von außen induzierte wirtschaftliche Expansion mit Preissteigerungen voraus und erwog zu ihrer Eindämmung auch eine Beschränkung der

---

1 Vgl. etwa Pünder, Die deutschen Gemeinden, S. 173; Loschelder, Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik Deutschland, S. 38; Möllenhoff, Die Auswirkungen der staatlichen Haushaltsreform auf die Existenz des außerordentlichen Gemeindehaushalts, Diss., S. 196 ff; Klüber, Das Gemeinderecht in den Ländern der Bundesrepublik Deutschland, S. 40 f.

2 Münch, in: Stern/Münch/Hansmeyer, StWG, Einf. AI1.

öffentlichen Ausgaben[1]. Nachdem als Folge der "importierten Inflation" das Preisniveau schon 1964 fühlbar gestiegen war, verursachte die im Inland entstandene Übernachfrage 1965 eine starke Importerhöhung, die bei beschleunigter Preissteigerung zu einem Defizit der Handelsbilanz von 400 Millionen DM führte, nach einem Exportüberschuß von 5,4 Milliarden DM im Jahre 1964[2]. Dessen ungeachtet nahmen die Ausgaben der öffentlichen Hand 1965 stark zu. Während die Bundesbank vor allem durch eine Diskonterhöhung Restriktionsmaßnahmen einleitete, die auf das Verhalten der Privatwirtschaft voll durchschlugen, zeigte sich die Kreditnachfrage der öffentlichen Haushalte relativ zinsunempfindlich[3].

Um dem dadurch offenkundig werdenden Mangel an Koordination zwischen Wirtschafts-, Finanz- und Kreditpolitik abzuhelfen und eine wirksame antizyklische Finanzpolitik zu ermöglichen[4], wurde daraufhin das konjunkturpolitische Instrumentarium des Bundes erweitert. Zunächst wurden durch das 15. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 8. Juni 1967[5] dem bisher einzigen Absatz des Art. 109 GG, wonach "Bund und Länder in ihrer Haushaltswirtschaft selbständig und voneinander unabhängig" sind[6], die Absätze 2 bis 4

---

1 BT-Drucks. IV/1752.

2 Münch, aaO.

3 Münch, aaO.

4 Münch, aaO.

5 BGBl. I S. 581.

6 Wenn auch das Finanzwesen im Bundesstaat "ein Gesamtgefüge darstellt", BVerfGE 4, 115, 140.

angefügt. Im Hinblick auf die in den neuen Absätzen 3 und 4 enthaltene Ausdehnung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf eine konjunkturgerechte Haushaltswirtschaft auch der Länder einschließlich der Gemeinden wurde unmittelbar danach das Stabilitätsgesetz vom selben Datum[1] verabschiedet. Nach dessen § 16 haben aber auch die Gemeinden und Gemeindeverbände bei ihrer Haushaltswirtschaft den in § 1 des Gesetzes normierten Zielen - Stabilität des Preisniveaus, hoher Beschäftigungsgrad, außenwirtschaftliches Gleichgewicht bei stetigem und angemessenem Wirtschaftswachstum - Rechnung zu tragen[2].

Da diese Inpflichtnahme auf die Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts in der Praxis für eine wirkliche Einbeziehung der Gemeinden in die Konjunkturpolitik allein nicht ausreichen würde[3],

---

1 BGBl. I S. 582.

2 Die Frage, ob Art. 109 Abs. 3 GG jedenfalls nach seiner Neufassung durch das 20. G. zur Änderung des GG v. 12.5.1969 (BGBl. I S. 357) noch § 16 StWG deckt, obwohl er die Gemeinden nicht nennt, ist mit der h.M. zu bejahen, da eine gegenteilige Auslegung dem Zweck der Ermächtigung nicht gerecht würde. Vgl. dazu einerseits Vogel/Wiebel, BK, Art. 109, Zweitbearbeitung, Rz 174 ff.; Stern, in: Stern/Münch/Hansmeyer, StWG, Erl. I zu § 16 StWG m.w.N.; andererseits Möller, StWG, Art. 109, Rz 12; Wolff III, § 164 IIa 3 m.w.N.
Wie sich schon aus § 48 HGrG ergibt, ging auch der Gesetzgeber des HGrG, das kurze Zeit nach dem 20. Änderungsgesetz zum GG verabschiedet wurde, davon aus, daß Art. 109 Abs. 3 GG bundesrechtliche Grundsatzregelungen auch für das Haushaltsrecht der Gemeinden zuläßt.

3 Vgl. Steenbock, aaO., Tz 3.

schreibt § 16 Abs. 2 StWG ausdrücklich vor, daß die Länder durch geeignete Maßnahmen darauf hinzuwirken haben, daß die Haushaltswirtschaft der Gemeinden und Gemeindeverbände den konjunkturpolitischen Erfordernissen entspricht[1]. Nach § 23 StWG haben sie ferner sicherzustellen, daß die Gemeinden Beschränkungen der Kreditaufnahme, die durch eine Rechtsverordnung nach § 19 StWG auch ihnen auferlegt werden können, beachten. Diesen Verpflichtungen haben die Länder mit der Reform des Gemeindehaushaltsrechts zu entsprechen gesucht.

Die Länder glichen dadurch zugleich das Haushaltsrecht der Gemeinden soweit wie möglich dem des Bundes und der Länder an, welches aufgrund des geänderten[2] Art. 109 Abs. 3 GG und des HGrG[3] von 1969 an erlassen worden war[4]. Sie kamen damit auch der in der Entschließung des Bundestages vom 11.12.1968[5] ausge-

---

1 Zu den Möglichkeiten und Grenzen einer Einbeziehung der Gemeinden in die Konjunkturpolitik vgl. jedoch etwa Münch, aaO., Erl. V zu § 16 StWG; Stern, Konjunktursteuerung und kommunale Selbstverwaltung - Spielraum und Grenzen, S. 44 ff.; Patzig, Referat 47. DJT, S. N 19 ff.; Weinberger, Referat 47. DJT S. N 40 ff.; ders., Konjunktursteuerung und kommunale Selbstverwaltung, StT 1968, S. 558, 559 ff.; Scheel, Möglichkeiten und Grenzen einer Einbeziehung der Gemeinden in die konjunkturpolitischen Maßnahmen der öffentlichen Hand, GemH 1973, S. 265, 266 ff.

2 Durch das erwähnte Gesetz v. 12.5.1969 (BGBl. I S. 357)

3 Vom 19.8.1969 (BGBl. I S. 1273).

4 Vgl. die BHO v. 19.8.1969 (BGBl. I S. 1284) und zum neuen Haushaltsrecht der Länder die Nachweise bei Piduch, Bundeshaushaltsrecht, Einf. S. 32 f.

5 BT-Drucks. V/3605.

sprochenen Bitte nach, im Hinblick auf eine durch Art. 109 Abs. 2 GG gebotene koordinierte Finanzplanung von Bund, Ländern und Gemeinden das Haushaltsrecht der Gemeinden dem des Bundes anzupassen.

2. Reformbedürftigkeit des kommunalen Haushaltsrechts aus sich selbst heraus

Unabhängig von den Bestrebungen, auch die gemeindliche Haushaltswirtschaft für die Konjunktursteuerung nutzbar zu machen und zudem das Haushaltsrecht der Gemeinden dem des Bundes und der Länder anzupassen, erschienen zumindest Teile des bisherigen Gemeindehaushaltsrechts nicht mehr zeitgemäß. Die bisherige starre Objektbindung von Krediteinnahmen stand der gebotenen flexiblen Finanzierung gemeindlicher Investitionen entgegen[1], was den Ruf nach Einführung des Gesamtdeckungsprinzips auch im außerordentlichen Haushalt laut werden ließ. Aber auch der außerordentliche Haushalt selbst, der gegenüber dem ordentlichen Haushalt von der Einnahmeseite her abgegrenzt war, wurde überwiegend als nicht mehr sachgerecht empfunden. Eine Abgrenzung nach der Ausgabenseite hin wurde als zweckmäßiger angesehen[2]. Durch das Fälligkeitsprinzip bei der Veranschlagung entstanden unerwünscht hohe Haushaltsreste. Die zahlreichen Rücklagen erschienen angesichts der hohen Zinsbelastung für die gleichzeitige Aufnahme von Krediten nicht mehr vertretbar[3]. Was speziell die aufsichts-

---

1 Vgl. Depiereux, Das neue Haushaltsrecht der Gemeinden, S. 116.

2 Vgl. Scheel/Steup, Einf. 7.2.

3 Vgl. Depiereux, aaO., S. 2.

behördliche Genehmigung von Krediten angeht, so wurde die bisher generell erforderliche Einzelgenehmigung zunehmend als Last, wenn nicht geradezu als Gängelei der Gemeinden durch den Staat empfunden, die eine flexible Finanzierungspolitik behinderte[1]. Dies galt erst recht in Nordrhein-Westfalen, wo § 13 GUG noch galt und angewandt wurde. Die Einzelgenehmigung wurde deshalb zuweilen vor allem hinsichtlich der von der Aufsichtsbehörde genehmigten Kreditbedingungen umgangen[2].

III. Überblick über die haushaltsmäßige Behandlung von Kreditaufnahmen nach geltendem Recht

Die Haushaltssatzung kann nunmehr, nach Jahren getrennt, Festsetzungen für zwei Haushaltsjahre enthalten[3]. In ihr wird zunächst der Haushaltsplan festgesetzt. Dabei sind der Gesamtbetrag der Einnahmen und Ausgaben des Haushaltsjahres, der vorgesehenen Kreditaufnahmen ("Kreditermächtigung") und der Verpflichtungsermächtigungen anzugeben[4]. Desweiteren ist in der Haushaltssatzung der Höchstbetrag

---

1 Vgl. Kottenberg/Rehn, § 72 Anm. I; Schmitz, Kommunalverschuldung und Kapitalmarkt in der Bundesrepublik Deutschland, AfK 5 (1966) S. 303, 319 ff.

2 Schmitz, aaO., S. 322.

3 Vgl. z.B. § 79 Abs. 1 bawüGO; § 84 Abs. 1 u. Abs. 3 S. 2 nsGO.

4 Vgl. z.B. § 94 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 hessGO; § 95 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 rhpfGO. Nach Art. 63 Abs. 1 Nr. 2 u. 3 bayGO sind die Kreditermächtigung und der Gesamtbetrag der vorgesehenen Verpflichtungsermächtigungen eigens festzusetzen.

der Kassenkredite festzusetzen[1]. Der Haushaltsplan enthält die voraussichtlichen Einnahmen, Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen des Haushaltsjahres; er ist unterteilt in einen Verwaltungshaushalt und einen Vermögenshaushalt[2]. Der Vermögenshaushalt umfaßt die vermögenswirksamen Einnahmen und Ausgaben, darunter insbesondere die Einnahmen aus der Aufnahme von Krediten sowie die Ausgaben für ihre Tilgung[3]. Die Abgrenzung zwischen Verwaltungs- und Vermögenshaushalt erfolgt anders als früher die zwischen ordentlichem und außerordentlichem Haushalt von der Verwendungs- (Ausgaben-)seite, nicht von der Einnahmeseite her. Die vom Rat beschlossene Haushaltsatzung ist der Aufsichtsbehörde vor Beginn des Haushaltsjahres vorzulegen[4].

Der Gesamtbetrag der im Vermögenshaushalt vorgesehenen Kreditaufnahmen bedarf im Rahmen der Haushalts-

---

1 Vgl. z.B. § 64 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 nwGO; § 95 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 rhpfGO.

2 Vgl. z.B. Art. 64 Abs. 1 u. 2 bayGO; § 78 Abs. 1 u. 2 shGO.

3 Jeweils § 1 aller GemHVOen.

4 Vgl. z.B. § 81 Abs. 3 bawüGO; § 66 Abs. 5 nwGO.

satzung der Genehmigung der Aufsichtsbehörde[1]. Die Genehmigung kann unter Bedingungen und Auflagen erteilt werden[2].

Die bisher zusätzlich erforderliche Einzelgenehmigung zu Kreditaufnahmen entfällt grundsätzlich. Einige Gemeindeordnungen ermächtigen jedoch die Aufsichtsbehörde ausdrücklich, sich unter bestimmten Voraussetzungen bei Erteilung der Gesamtbetragsgenehmigung die Einzelgenehmigung vorzubehalten[3].

Nach allen Gemeindeordnungen ist wieder die Aufnahme jedes einzelnen Kredits innerhalb des genehmigten Gesamtbetrages erforderlich, sobald eine kreditbeschränkende Rechtsverordnung der Bundesregierung nach § 19 StWG ergangen ist[4]. Darüber hinaus kann in allen Ländern mit Ausnahme Baden-Württembergs durch eine Rechtsverordnung der Landesregierung bzw. des Innenministers die Einzelgenehmigung zum Schutze des Kreditmarkts[5] im allgemeinen oder speziell der

---

1 Vgl. z.B. Art. 71 Abs. 2 bayGO; § 92 Abs. 2 nsGO.

2 Vgl. z.B. § 103 Abs. 2 S. 2. Halbs. hessGO; § 103 Abs. 2 S. 2 2. Halbs. rhpfGO.

3 Vgl. § 103 Abs. 4 S. 1 Nr.2 hessGO; § 103 Abs. 4 Nr. 2 rhpfGO; § 85 Abs. 4 Nr. 2 shGO.

4 Vgl. z.B. Art. 71 Abs. 4 bayGO; § 90 Abs. 4 saarGO.

5 In Bayern zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts, Art. 71 Abs. 5 S. 2 bayGO.

Finanzierungsmöglichkeiten der Gemeinden eingeführt werden[1]. Die Aufnahme jedes einzelnen Kredits ist schließlich auch in der haushaltslosen Zeit zwischen Beginn des neuen Haushaltsjahres und Inkrafttreten der Haushaltssatzung genehmigungspflichtig[2].

Die Aufnahme von Krediten ist nunmehr überall auch dann zulässig, wenn eine andere Finanzierung zwar möglich, aber wirtschaftlich unzweckmäßig wäre[3]. Der Grundsatz der Objektbindung für Kredite ist aufgegeben, so daß auch im Vermögenshaushalt das Prinzip der Gesamtdeckung gilt[4].

Rechtsgeschäfte, die wirtschaftlich einer Kreditaufnahme gleichkommen, bleiben grundsätzlich genehmigungspflichtig[5].

Die Bestellung von Sicherheiten ist verboten. Die Aufsichtsbehörde kann jedoch unter im folgenden näher zu erörternden Voraussetzungen Ausnahmen zulassen[6].

---

1 Vgl. § 92 Abs. 5 nsGO; § 72 Abs. 5 nwGO.

2 Vgl. z.B. § 99 Abs. 2 rhpfGO; § 81 Abs. 2 shGO.

3 Vgl. z.B. Art. 62 Abs. 3 bayGO; § 81 Abs. 3 saarGO.

4 Vgl. z.B. § 16 Nr. 2 nwGemHVO; § 15 Nr. 2 shGemHVO. Die GemHVOen lassen jedoch jeweils im folgenden Paragraphen für bestimmte Fälle Ausnahmen zu.

5 Vgl. z.B. § 103 Abs. 7 hessGO; § 103 Abs. 6 rhpfGO.

6 Vgl. z.B. § 87 Abs. 6 bawüGO; § 92 Abs. 7 nsGO.

Der Höchstbetrag der Kassenkredite bedarf außer im Saarland überall von einer bestimmten Grenze an im Rahmen der Haushaltssatzung der Genehmigung der Aufsichtsbehörde[1].

---

1 Vgl. z.B. § 74 Abs. 2 nwGO; § 92 Abs. 2 saarGO. Gem. § 87 Abs. 2 shGO ist der Höchstbetrag immer genehmigungspflichtig; der IM ist jedoch ermächtigt, durch Verordnung von der Genehmigungspflicht bis zu einer bestimmten Höhe freizustellen. Er hat von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht. Dazu unten § 9.

2. Abschnitt

Rechtliche Einordnung der Genehmigungsvorbehalte

§ 5 Die Genehmigungsvorbehalte - Mittel der Kommunalaufsicht oder Mitwirkungsrechte des Staates?

I. Das Problem

Die Rechtsnatur der Genehmigungsvorbehalte ist nicht nur aus dogmatischer Sicht von Interesse; sie ist auch von großer praktischer Bedeutung für die Frage nach dem Entscheidungsmaßstab der Aufsichtsbehörde und nach dem Rechtsschutz der Gemeinde gegenüber einer Versagung oder eingeschränkten Erteilung der Genehmigung. Das Rechtsinstitut des Genehmigungsvorbehalts zu Gunsten der Aufsichtsbehörde ist so alt wie das kodifizierte Gemeinderecht. Gleichwohl ist noch immer nicht unstreitig, ob es sich bei ihm um ein Aufsichtsmittel oder um ein Mitwirkungsrecht des Staates eigener Art handelt. Es soll deshalb vor einer Erörterung der Voraussetzungen der verschiedenen Genehmigungen, die im Zusammenhang mit der Aufnahme von Krediten und Kassenkrediten durch die Gemeinden erforderlich werden können, dieser Frage nachgegangen werden.

II. Arten der Staatsaufsicht über die Gemeinden

Unter "Kommunalaufsicht" wird in dieser Untersuchung die Aufsicht verstanden, die der Staat über die Tätigkeit der Gemeinden in ihrem eigenen Wirkungskreis, also gerade in ihrer Eigenschaft als mit dem Recht

der Selbstverwaltung ausgestattete Gebietskörperschaften, nicht als "Ortsverwaltung"[1] für den Staat, führt[2]. Die Kommunalaufsicht ist auf die Prüfung beschränkt, ob eine Maßnahme der Gemeinde rechtmäßig ist[3]. Zur Rechtmäßigkeitskontrolle gehört auch die Prüfung auf Ermessensfehler[4]. Nicht der Kommunalaufsicht unterliegt somit die Zweckmäßigkeit des gemeindlichen Handelns, sofern es sich in den Grenzen des der Gemeinde eingeräumten Ermessens hält[5].

---

1 Wolff/Bachof II § 86 X.

2 Die Terminologie ist insoweit in den einzelnen Gemeindeordnungen und im Schrifttum uneinheitlich. Wie hier etwa § 123 Abs. 1 saarGO; § 120 shGO; Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 173; Wolff/Bachof II, § 86 IX. Dasselbe wie mit dem hier verwendeten Begriff "Kommunalaufsicht" ist gemeint mit "allgemeine Aufsicht" in § 106 Abs. 1 nwGO und bei Zuhorn/Hoppe, Gemeindeverfassung, S. 309; "allgemeine Kommunalaufsicht" bei Pagenkopf, Kommunalrecht I, S. 371, 373 ff. und Becker, Die Selbstverwaltung als verfassungsrechtliche Grundlage der kommunalen Ordnung in Bund und Ländern, HdBKWP I, S. 113, 165; "Aufsicht" in § 135 hessGO; "Staatsaufsicht" bei Salzwedel, Kommunalrecht, S. 286 und Staatsaufsicht in der Verwaltung; "allgemeine Staatsaufsicht" bei Elleringmann, Grundlagen der Kommunalverfassung und der Kommunalaufsicht, S. 46 ff.; "Rechtsaufsicht" in §§ 118 Abs. 1 bawüGO; 109 Abs. 1 bayGO; 117 S. 1 rhpfGO. Pagenkopf, aaO., S. 370. Der Begriff "Kommunalaufsicht" bringt am deutlichsten zum Ausdruck, daß hier die Kontrolle des Handelns der Gemeinden in Selbstverwaltungsangelegenheiten gemeint ist.

3 § 118 Abs. 1 bawüGO; Art. 7 Abs. 1, 109 Abs. 1 bayGO; § 135 S. 1 hessGO; § 127 Abs. 1 S. 1 nsGO; § 106 Abs. 1 nwGO; § 117 S. 1 rhpfGO; § 123 Abs. 1 S. 1 saarGO; § 120 shGO.

4 Rauball/Rauball, § 106 Anm. 3; Kottenberg/Rehn, § 106 Anm. III 4.

5 Vgl. Art. 7 Abs. 2 bayGO.

Nach den Gemeindeordnungen ist Kommunalaufsichtsbehörde über die kreisfreien Städte der Regierungspräsident[1], im Saarland[2] und in Schleswig-Holstein[3], wo die staatliche Mittelinstanz fehlt, der Innenminister. Über die kreisangehörigen Gemeinden führt in der Regel der Landrat bzw. in Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen der Oberkreisdirektor als untere staatliche Verwaltungsbehörde die Kommunalaufsicht[4], in den meisten Ländern jedoch von einer bestimmten Einwohnerzahl an wiederum der Regierungspräsident, im Saarland und in Schleswig-Holstein der Innenminister[5]. Obere Kommunalaufsichtbehörde ist jeweils die nächsthöhere Behörde, oberste Aufsichtsbehörde der Innenminister[6].

Gegenstück zur Kommunalaufsicht ist die Fachaufsicht, unter der man die Einflußnahme des Staates auf Angelegenheiten des übertragenen Wirkungskreises der Gemeinden versteht[7]. Sie erstreckt sich auf Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des gemeindlichen Handelns[8]. Soweit nicht die Erfüllung von Auftragsangelegenheiten

---

1 Vgl. z.B. § 128 Abs. 1 S. 1 nsGO; § 106a Abs. 2 nwGO.

2 § 124 Abs. 1 2. Halbs. saarGO.

3 § 121 Abs. 1 u. 2 shGO.

4 Vgl. z.B. § 110 S. 1 bayGO; § 106a Abs. 1 nwGO.

5 Vgl. die Nachweise bei Kottenberg/Rehn, § 106a Anm. II 2.

6 Vgl. z.B. § 128 Abs. 1 S. 1 nsGO; § 106a Abs. 4 nwGO.

7 Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 173.

8 Gönnenwein, aaO., S. 205.

oder von Pflichtaufgaben nach Weisung überwacht wird[1], ist das Weisungsrecht, nicht aber der Aufsichtsmaßstab[2] zum Teil eingeschränkt[3]. Art und Umfang der Aufsicht im übertragenen Wirkungskreis sind im allgemeinen nicht in den Gemeindeordnungen selbst geregelt, sondern in den für die übertragene Aufgabe einschlägigen Gesetzen. Dasselbe gilt für die Bestimmung der Fachaufsichtsbehörde.

Ein Teil der Literatur nennt neben Kommunalaufsicht und Fachaufsicht noch weitere Aufsichtsbefugnisse des Staates, die unter dem Oberbegriff "Sonderaufsicht" zusammengefaßt werden[4]. Die Konstruktion einer Sonderaufsicht dient vor allem der dogmatischen Rechtfertigung einer Ausweitung der Zweckmäßigkeitskontrolle über den Bereich der Fachaufsicht hinaus auf bestimmte Selbstverwaltungsangelegenheiten. Dies gilt insbesondere für die Ausübung von Genehmigungsvorbehalten[5]. Ob sich die Existenz einer Sonderaufsicht als einer weiteren Aufsichtsart begründen läßt, oder ob die hier vorgenommene Einteilung in Kommunalaufsicht und Fachaufsicht erschöpfend ist, soll die weitere Erörterung der Genehmigungsvorbehalte ergeben.

---

1 Die Aufsicht über die Erfüllung von Pflichtaufgaben nach Weisung wird in § 106 Abs. 2 nwGO als "Sonderaufsicht" bezeichnet. Diese Ausdrucksweise übernehmen Wolff/Bachof II § 77 II c 3. Sie ist nicht zu verwechseln mit der im nächsten Absatz erwähnten Aufsichtsart.

2 Rauball/Rauball, § 3 Anm. 3.

3 Vgl. z.B. § 9 Abs. 2 nwOBG.

4 z.B. Pagenkopf, aaO., S. 372; Becker, aaO., S. 172 ff.

5 So etwa Pagenkopf, aaO., S. 385 ff.; Becker, aaO.

III. Anerkannte Mittel der Kommunalaufsicht

In der Literatur finden sich verschiedene Versuche einer Systematisierung der Kommunalaufsichtsmittel mit zum Teil recht unterschiedlicher Terminologie. So finden sich Einteilungen in ordentliche und außerordentliche, positive und negative, präventive und repressive, gesetzliche und außergesetzliche, allgemeine und spezielle Aufsichtsmittel. Für den Versuch der Einordnung der Genehmigungsvorbehalte erscheint die Einteilung nach Aufsichtsfunktionen in repressive und präventive Aufsichtsmittel am zweckmäßigsten.

Die repressiven Aufsichtsmittel - Unterrichtung, Beanstandung, Anordnung, Ersatzvornahme, Finanzsperre[1], Auflösung der Gemeindevertretung und überörtliche Rechnungsprüfung[2] - sind mit Ausnahme des zuletzt genannten jeweils in einem Abschnitt der einzelnen Gemeindeordnungen zusammengefaßt[3].

Von den präventiven Aufsichtsmitteln sind die Anzeige- und Vorlagepflichten jeweils über den ganzen Text der Gemeindeordnung verstreut. Das Beratungsrecht der Aufsichtsbehörde ist außer in Art. 108 bayGO

---

1 Nur in NW und SH, § 31 nwFAG; § 126 shGO.

2 Ob diese auch ein Mittel der Kommunalaufsicht ist, ist jedoch streitig.

3 Vgl. z.B. §§ 118 ff. bawüGO; §§ 135 ff. hessGO. Näheres zu den repressiven Aufsichtsmitteln etwa bei Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 184 ff.; Pagenkopf, Kommunalrecht I, S. 374 ff.; Wolff/Bachof II, § 77 II d.

nicht kodifiziert, sein Bestehen jedoch überall anerkannt[1]. Erich Becker bezeichnet die Beratung unter Berufung auf Peters[2] sogar als "Kernstück der gesamten Kommunalaufsicht"[3]. Wenn Gönnenwein darin "die Betrachtungsweise der Zeit, in der Staatsaufsicht als Vormundschaft aufgefaßt wurde," sieht[4], so tut er Becker schon deshalb Unrecht, weil die Gemeinde zur Befolgung des Ratschlags der Aufsichtsbehörde ja nicht verpflichtet ist.

IV. Die Genehmigungsvorbehalte bei der Aufnahme von Krediten und Kassenkrediten als präventive Mittel der Kommunalaufsicht

Es fragt sich nun, ob neben den soeben angeführten auch die Genehmigungsvorbehalte - jedenfalls soweit sie die Aufnahme von Krediten und Kassenkrediten betreffen - zu den Mitteln der präventiven Kommunalaufsicht zu rechnen sind.

1. Überblick über die Genehmigungsvorbehalte in den Gemeindeordnungen

Zwar hat sich die Zahl der Genehmigungsvorbehalte im Kommunalrecht vermindert, doch spielen sie auch außerhalb des Bereichs der Haushaltswirtschaft der Gemeinden noch eine wichtige Rolle. Sie sind nicht wie die Mittel der repressiven

---

1 Gönnenwein, aaO., S. 186 f.

2 Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen, S. 234.

3 AaO., S. 168.

4 AaO., S. 186, Fn. 15.

Kommunalaufsicht in einem gesonderten Abschnitt zusammengefaßt, sondern in den einzelnen Gemeindeordnungen jeweils über den gesamten Gesetzestext verstreut.

Als Beispiele[1] von Genehmigungsvorbehalten außerhalb des Rechts der Aufnahme von Krediten und Kassenkrediten seien hervorgehoben: Die Genehmigung rückwirkender Satzungen[2], der Einführung und Änderung von Wappen und Flaggen[3], der Gebietsänderungsverträge[4], der Verleihung des Ehrenbürgerrechts an Ausländer[5], des Gesamtbetrags der Verpflichtungsermächtigungen, soweit sie zu Kreditaufnahmen führen sollen[6], von Bürgschaften und Verpflichtungen aus Gewährverträgen, soweit sie nicht im Rahmen der laufenden Verwaltung abgeschlossen werden[7], zur Veräußerung von Grundstücken[8] und zur Verfügung über oder wesentlichen Veränderungen von Sachen, die einen besonderen wissenschaftlichen, geschichtlichen oder

---

1 Die im folgenden aufgeführten Genehmigungsvorbehalte finden sich nicht ausnahmslos in allen Gemeindeordnungen.

2 Vgl. z.B. Art. 25 Abs. 1 bayGO; § 5 Abs. 3 S. 2 hessGO.

3 Vgl. z.B. § 15 Abs. 1 S. 2 nsGO; §12 Abs. 2 S. 2 shGO.

4 Vgl. z.B. § 8 Abs. 2 S. 3 bawüGO; § 15 Abs. 2 S. 1 nwGO.

5 Vgl. z.B. § 23 Abs. 1 S. 2 saarGO; § 26 Abs. 1 S. 2 shGO.

6 Vgl. z.B. § 86 Abs. 4 bawüGO; § 71 Abs. 4 nwGO.

7 Vgl. z.B. Art. 72 Abs. 2 S. 2 bayGO; § 104 Abs. 2 rhpfGO.

8 Vgl. z.B. § 109 Abs. 3 Nr. 2 hessGO; § 90 Abs. 3 Nr. 2 shGO.

künstlerischen Wert haben[1]. Bis Ende 1974 ließ sich als weiterer Genehmigungsvorbehalt von erheblicher praktischer Bedeutung noch § 60 Abs. 2 nwGO[2] anführen, wonach die Einrichtung hauptamtlicher Stellen in amtsangehörigen Gemeinden der Genehmigung der Aufsichtsbehörde bedurfte. Diese Bestimmung ist mit Aufhebung der Amtsverfassung in NW zum 1. Januar 1975 weggefallen.

Schließlich enthalten die Gemeindeordnungen Bestimmungen, wonach bestimmte Maßnahmen untersagt sind, jedoch von der Aufsichtsbehörde Ausnahmen zugelassen werden können. Soweit es sich dabei um repressive Verbote mit Befreiungsvorbehalt handelt, wie etwa bei dem Verbot der Verwandtschaft und Schwägerschaft von Hauptverwaltungsbeamten und Beigeordneten[3], ist eine Vergleichbarkeit mit den Genehmigungsvorbehalten nicht gegeben. Liegt dagegen ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt vor, wie es etwa bei dem Verbot der Kreditbesicherung nach Ansicht eines Teils der Literatur der Fall ist[4], so steht die Zulassung einer Ausnahme der Erteilung einer vorbehaltenen Genehmigung gleich.

---

1 Vgl. z.B. Art. 75 Abs. 5 Buchst. b bayGO; § 77 Abs. 3 Nr. 3 nwGO.

2 IdF d. Bekanntm. v. 11.8.1969 (GV NW, S. 656).

3 Vgl. z.B. § 43 Abs. 2 S. 4 hessGO; § 50 S. 7 nwGO.

4 Dazu unten § 15.

2. Der Meinungsstand

Ob auch die Genehmigungsvorbehalte zu den präventiven Aufsichtsmitteln zu zählen sind, ist immer noch umstritten. Die hierzu in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansichten lassen sich grob in drei Gruppen einteilen: Eine, die in Genehmigungsvorbehalten nicht Aufsichtsmittel sieht, sondern Mitwirkungsrechte des Staates, eine, die zwischen Aufsichtsmitteln und Mitwirkungsakten unterscheidet und eine weitere, die grundsätzlich Aufsichtsmittel annimmt. Innerhalb dieser Gruppen ist die Terminologie jedoch nicht einheitlich. Auch kommt es teilweise zu Überschneidungen.

Forsthoff zählt die Genehmigungsvorbehalte in den Gemeindeordnungen unterschiedslos nicht mehr zur Kommunalaufsicht. Nach seiner Ansicht weisen sie der Genehmigungsbehörde "eine Mitverantwortung in der Sache und damit einen eigenen Entscheidungsspielraum" zu[1]. Er beruft sich dabei[2], allerdings zu Unrecht, auf Werner Webers Lehre von den "res mixtae"[3], da dieser gerade zwischen aufsichtlichen Genehmigungsvorbehalten und Mitwirkungsrechten des Staates im Bereich der "res mixtae" unterscheidet. Forsthoffs Auffas-

1 Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 571. Ähnlich Galette/Laux/von Scheliha § 2 shGO Anm. 1d (4) u. § 4 shGO Anm. 3a.

2 AaO.

3 Kommunalaufsicht als Verfassungsproblem, S. 25.

sung deckt sich im wesentlichen mit der schon von Otto Mayer[1] vertretenen Lehre von der Genehmigungsbefugnis als einer "vorbehaltenen Mitwirkung" des Staates.

Was speziell die Genehmigung kommunaler Satzungen angeht, so hält Loening diese ebenfalls nicht für ein Aufsichtsmittel[2]. Er sieht in ihr unter Berufung vor allem auf einige ältere Entscheidungen des OVG Münster[3] sowie die Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts[4] eine "gesetzgeberische Mitwirkung an der kommunalen Gesetzgebung und damit deren Bestandteil". Aus dieser "Rechtsetzungsfunktion" der Aufsichtsbehörde leitet er ihre Befugnis her, auf die Gestaltung der Satzung "nach freiem Ermessen und aus Zweckmäßigkeitserwägungen" Einfluß zu nehmen.

---

1 Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Band, 2. Aufl. (1917), S. 720; sehr viel knapper in der 3. Aufl. (1924), S. 398.

2 Zur Rechtsnatur der Genehmigung kommunaler Abgabensatzungen in Nordrhein-Westfalen, DÖV 1966, S. 490. Ebenso schon Laforet, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 151; Mörtel, Grenzfälle des Verwaltungsakts, BayVBl. 1956, S. 321, 362 ff.; Bock, Die Rechtsnatur der Genehmigung kommunaler Satzungen, BayVBl. 1962, S. 369, 371. Für die insoweit vergleichbare - vgl. Masson in der Anmerkung - Frage der Genehmigung von Gebührenordnungen der Handwerkskammern: BayVGH BayVBl. 1960, S. 289 f. mit zust. Anm. v. Masson, aaO., S. 290 u. abl. Bespr. von Menger, VerwArch. 52 (1961), S. 410.

3 OVGE 9, 247, 249; 10, 184, 187; 11, 196, 198. Diese Rechtsprechung hat das OVG Münster in seinem Urteil v. 25.3.1974, Kottenberg/Rehn Rechtspr.-Slg. Nr. 65 zu § 4 nwGO, LS insoweit auch in DÖV 1974, S. 715, ausdrücklich aufgegeben.

4 PrOVGE 47, 38; 68, 201; 85, 218 f.

Die Genehmigungsverfügung sei ein Akt der Gesetzgebung, kein Verwaltungsakt, das der Aufsichtsbehörde eingeräumte Ermessen folglich ein gesetzgeberisches, mit der Wirkung, daß nicht einmal eine Überprüfung auf Ermessensfehler nach § 114 VwGO durch die Verwaltungsgerichte möglich sei. Die wohl herrschende Meinung unterscheidet im Anschluß an Salzwedel[1] und W. Weber[2] sowie das Urteil des OVG Münster v. 8.1.1964[3] zwischen Genehmigungsvorbehalten, mit denen die Behörde in einem staatlich-kommunalen "Kondominium"[4] einen eigenen staatlichen Entscheidungsanteil ausschöpfe ("Sanktion"), und solchen, die nur eine maßstabsgebundene Kontrolle ermöglichten, die bei Fehlen von Bedenken mit der Erteilung des "Unbedenklichkeitszeugnisses" ende, also aufsichtlicher Natur seien[5].

---

1 Staatliche Genehmigungsvorbehalte gegenüber der Selbstverwaltung, AfK 1 (1962), S. 203, 206 ff. Auf die Ausführungen dort geht auch der Bericht über "Staatsaufsicht in der Verwaltung" in VVDStRL 22, S. 206 zurück.

2 Kommunalaufsicht als Verfassungsproblem, S. 25 ff.

3 OVGE 19, 192, 196 ff.= DVBl. 1964, S. 678.

4 Weber, aaO., S. 25, nennt die nach dieser Lehre zum Kondominium gehörenden Angelegenheiten in Anlehnung an das Staatskirchenrecht "res mixtae". In das Schrifttum eingeführt wurde der Begriff des Kondominiums in diesem Zusammenhang wohl von Köttgen, Wesen und Rechtsform der Gemeindeverbände, HdBKWP I, S. 185, 219.

5 Vgl. statt vieler OVG Lüneburg, OVGE 26, 350, 352 f.; OVG Koblenz, KStZ 1975, S. 94, 95; Wolff/Bachof II, § 86 IX b 1; Kottenberg/Rehn, § 9 Anm. IV 2. Rauball/Rauball, § 112 Anm. 3; Schlempp, § 5 Anm. XVIII 1; Hölzl, Art. 117 Anm. 7; Deus, Die aufsichtsbehördlichen Befugnisse aufgrund der Genehmigungsvorbehalte im Satzungsrecht, SKV 1970, S. 318, 320.

Soweit Maßnahmen der Gemeinde der Sanktion durch den Staat bedürften, sei diese nicht mit dem Selbstverwaltungsrecht ausgestattet[1]. Im Zweifel seien Genehmigungsvorbehalte aber so auszulegen, daß sie nicht den Grundsatz der Selbstverwaltung durchbrächen; es bestehe deshalb im Einzelfall eine Vermutung dafür, daß keine "sanktionierende", sondern eine aufsichtliche Genehmigungsbefugnis vorliege, also nur ein Unbedenklichkeitszeugnis zu erteilen sei[2].

Als Beispiele "sanktionierender" Genehmigungen werden etwa genannt: Die bis zur Gemeindehaushaltsreform erforderliche Genehmigung der einzelnen Kreditaufnahmen wegen ihres Einflusses auf den volkswirtschaftlich wichtigen Kapitalmarkt[3], die Einzelgenehmigung neuen Rechts nach Erlaß einer VO aufgrund von § 19 StWG[4], die Genehmigung zur Einführung und Änderung von Dienstsiegeln, Wappen und Flaggen[5], zur Veräußerung von Sachen von bedeutendem geschichtlichen, künstlerischen oder wissenschaftlichen Wert[6] und zur Einrichtung hauptamtlicher Stellen in amtsangehörigen Gemeinden nach dem mit Aufhebung der Amtsverfassung weggefallenen früheren § 60 Abs. 2 nwGO[7]. Als

---

1 Salzwedel, Staatliche Genehmigungsvorbehalte gegenüber der Selbstverwaltung, S. 206.

2 Salzwedel, aaO.

3 Wolff II, 3. Aufl., § 86 IX b 1 γ.

4 Wolff/Bachof II, 4. Aufl., § 86 IX b 1 γ.

5 Kottenberg/Rehn, § 9 Anm. 3; Rauball/Rauball, § 112 Anm. 3.

6 Wolff/Bachof, aaO.

7 OVG Münster, OVGE 19, 190, 198.

Beispiele aufsichtlicher Genehmigungsvorbehalte werden u.a. die übrigen Genehmigungsvorbehalte im Zusammenhang mit der Aufnahme von Krediten und Kassenkrediten erwähnt[1], sowie die bei Schenkungen[2], Grundstücksveräußerungen[3], Bürgschaftsübernahmen[4], die bei kommunalen Satzungen[5].

Von den Vertretern der Ansicht, daß die Genehmigungsvorbehalte Mittel der Kommunalaufsicht sind[6], lehnen manche die Lehre von der Existenz staatlicher Mitwirkungsrechte ausdrücklich ab[7]. Einige von ihnen sehen wiederum nicht in allen Genehmigungsvorbehalten Aufsichtsmittel. Insbesondere Zuhorn/Hoppe unterscheiden scharf zwischen aufsichtlichen Genehmigungsvorbehalten und solchen, die sie als "gestaltende Ho-

---

1 Rauball/Rauball, § 112 Anm. 2.

2 Wolff/Bachof II, § 86 IX b 1β.

3 Wolff/Bachof, aaO.

4 Wolff/Bachof, aaO.

5 Weber, aaO., S. 25.

6 Zu ihnen gehören etwa Stern, BK, Art. 28, Zweitbearbeitung, Rz. 137; von Loebell, § 106 Anm. 7g u. 7j; David, Die Satzungsgewalt der Gemeinden in Nordrhein-Westfalen, S. 80 ff.; Lohr, Satzungsgewalt und Staatsaufsicht, S. 97; Berkenhoff, Das Kommunalverfassungsrecht in Nordrhein-Westfalen, S. 209 f.; Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 198; Zuhorn/Hoppe, S. 297, 304 f.; Pagenkopf, Kommunalrecht I, S. 388; Hofmann, Genehmigungsvorbehalt und Kommunalaufsicht, S. 84 f.; Badura, Rechtsetzung durch Gemeinden, DÖV 1963, S. 561, 569; Ellerингmann, Grundlagen der Kommunalverfassung und der Kommunalaufsicht, S. 54 f.; Klaus Müller, Zur Problematik der Genehmigungsvorbehalte im Kommunalrecht, VerwArch. 54 (1963), S. 170 ff.; Walter, Genehmigungsvorbehalt und Genehmigung im kommunalen Grundstücksverkehr, Diss. S. 29 ff.

7 Stern, aaO., Rz. 139; Gönnenwein, aaO.

heitsakte im gemeindlichen Bereich" bezeichnen[1]. Zu letzteren zählen sie die Genehmigung der Einführung und Änderung von Dienstsiegeln, Wappen und Flaggen und der Gebietsänderungsverträge[2]. Diese Genehmigungen setzen sie u.a. mit der Änderung des Namens Gemeinde und der Verleihung der Bezeichnung "Stadt" durch die Landesregierung, die beide nicht im Wege der Genehmigung einer Maßname der Gemeinde ergehen, gleich[3].

3. Kritik und eigene Lösung

Bei der Veräußerung eines Grundstücks, welches im Eigentum der Gemeinde steht, liegt es auf der Hand, daß der Staat hier nicht einen gleichartigen Mitwirkungsanteil besitzt. Denn niemand kann aus eigenem Recht ein Grundstück übereignen, welches ihm nicht gehört[4]. Mit der Erteilung der Genehmigung überträgt der Staat somit das Eigentum an dem Grundstück nicht selbst im Zusammenwirken mit der Gemeinde, sondern er stimmt den Handlungen der Gemeinde, die zum Zwecke der Vornahme der Übereignung erforderlich sind, zu und läßt diese dadurch rechtlich wirksam werden[5]. Das Genehmigungserfordernis kann deshalb

---

1 AaO., S. 297. Ihnen folgt Gönnenwein, aaO., S. 174, der aber zu Unrecht zu den letzteren auch die Befreiung von repressiven Verboten zählt.

2 AaO., S. 297 f.

3 AaO.

4 Wenn man von den Sonderfällen der sog. Parteien kraft Amtes (Konkursverwalter, Testamentsvollstrecker) absieht.

5 Vgl. z.B. Art. 117 Abs. 2 bayGO; § 134 Abs. 1 hessGO.

nur den Sinn haben, dem Staat eine wirksame Beaufsichtigung zu ermöglichen. Gäbe es hier keinen Genehmigungsvorbehalt, so könnte die Gemeinde die Aufsichtsbehörde vor vollendete Tatsachen stellen. Denn eine von der Gemeinde vorgenommene Übereignung könnte die Aufsichtsbehörde auch nicht mit dem repressiven Aufsichtsmittel der Beanstandung rückgängig machen.

Entsprechendes gilt für die verschiedenen Genehmigungen zu den einzelnen Kreditaufnahmen. Staat und Gemeinde nehmen nicht gemeinsam einen Kredit auf, sondern die Gemeinde verschuldet sich und die Aufsichtsbehörde überprüft, ob sie hierbei die ihr gesetzten - im nächsten Abschnitt zu erörternden - Grenzen beachtet hat. Ratio legis ist auch hier, daß privatrechtliche Verträge nicht im Beanstandungswege einseitig aufgehoben werden können.

Bei der Genehmigung des Gesamtbetrages der Kreditaufnahme oder des Höchstbetrages der Kassenkredite im Rahmen der Haushaltssatzung könnte auf den ersten Blick Ansatzpunkt für eine andere Betrachtung gegenüber der Genehmigung von Grundstücksveräußerungen und Kreditverträgen sein, daß hier nicht ein Rechtsgeschäft, sondern eine Satzung hinsichtlich bestimmter Teile genehmigt wird. Vom Standpunkt derjenigen, die die Satzungsgewalt der Gemeinden nicht für ein originäres, sondern ein vom Staat delegiertes Recht halten[1], läge es nahe, anzunehmen, daß der Staat sich hier bei der Delegation einen eigenen gleichberechtigten Entscheidungsanteil vorbehalten habe.

---

1 So etwa David, Die Satzungsgewalt der Gemeinden in Nordrhein-Westfalen, S. 22 ff.; Badura, Rechtsetzung durch Gemeinden, DÖV 1963, S. 561.

Selbst für die Vertreter der Theorie von der delegierten Satzungsgewalt muß sich jedoch die Frage stellen, ob der Staat durch den Genehmigungsvorbehalt wirklich selbst die Haushaltssatzung miterlassen oder nur eine Kontrolle über bestimmte besonders wichtige Teile der Satzung ermöglichen will. Denn die Gemeinde berät und erläßt die Satzung allein. Die Aufsichtsbehörde kann auf ihren Inhalt nicht selbst gestaltend Einfluß nehmen. Sie erklärt nur, sie stimme der beschlossenen Satzung zu. Gäbe es hier den Genehmigungsvorbehalt nicht, so könnte die Aufsichtsbehörde die Satzung zwar immer noch im Wege der Beanstandung zu vernichten suchen, doch würde eine solche Beanstandung jedenfalls, wenn das neue Haushaltsjahr schon begonnen und die Satzung bereits Auswirkungen auf die Haushaltswirtschaft der Gemeinde gehabt hat, zu unübersehbaren rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten führen. Dies führt zu dem Schluß, den Sinn auch der Genehmigungsvorbehalte für den Gesamtbetrag der Kreditaufnahme und den Höchstbetrag der Kassenkredite im Rahmen der Haushaltssatzung darin zu sehen, daß sie eine präventive Beaufsichtigung der Gemeinde, nicht eine Mitwirkung der Aufsichtsbehörde aus eigenem Recht ermöglichen sollen[1].

Daß sonst genehmigungsfreie Satzungen dann der Genehmigung bedürfen, wenn sie sich rückwirkende Kraft beilegen, dient ebenfalls nur der präventiven Kontrolle der Gemeinde bei der rechtlich gefährlichen Schaf-

---

1 Zum selben Ergebnis kommen deshalb auch Badura, aaO., S. 568f. und - hier allerdings mit etwas unscharfer Terminologie - auch David, aaO., S. 82 ff.

fung einer rückwirkenden Rechtsnorm. Denn wenn der Staat bei dem Erlaß der Satzung gleichberechtigt mitwirken wollte, so würde er ein solches Mitwirkungsrecht nicht ohne Rücksicht auf den Satzungsinhalt einzig an den Umstand der Rückwirkung geknüpft haben.

Ebenso dient es nur der präventiven Beaufsichtigung der Gemeinden bei dem Erlaß von Ortsgesetzen, die für den Bürger besonders einschneidende Auswirkungen haben, wenn nach den meisten Gemeindeordnungen Satzungen über die Einführung von Anschluß- und Benutzungszwang genehmigungspflichtig sind.

Auch etwa bei der Genehmigung der Verleihung des Ehrenbürgerrechts an einen Ausländer wirkt der Staat nicht aus eigenem Recht mit, sondern er kontrolliert präventiv. Denn das Ehrenbürgerrecht zu verleihen, ist einzig Sache der Gemeinde selbst.

Von den Aufsichtsmitteln streng zu scheiden sind mit Zuhorn/Hoppe[1] und Gönnenwein[2] die "gestaltenden Hoheitsakte des Staates im gemeindlichen Bereich", bei denen sich der Staat nur entgegenkommenderweise des Rechtsinstituts des Genehmigungsvorbehalts bedient, statt eine einseitige Regelung zu treffen. Hierzu gehört die Genehmigung der Einführung und Änderung von Dienstsiegeln, Wappen und Flaggen und der Gebietsänderungsverträge, die deshalb auch zumeist nicht der unteren Aufsichtsbehörde sondern dem Innenminister obliegt.

Hier wird der Staat nicht tätig, um bestimmte Maßnahmen der Gemeinden zu überwachen oder gemeinsam mit ihnen in einem "Kondominium" vorzunehmen, es handelt sich vielmehr um einen "Ausfluß der Staatshoheit"[3].

---

1 AaO., S. 306.

2 Gemeinderecht, S. 174.

3 Zuhorn/Hoppe, S. 306.

Da sich das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden nicht auf die Grundlagen der Verfassung[1] und den Bestand der Gemeinde erstreckt[2], kann der Staat einseitig Siegel, Wappen und Flaggen verleihen und ändern, die Grenzen der Gemeinde ändern und auch alle Durchführungsbestimmungen hierzu treffen. Soweit der Staat sich auf einen Genehmigungsvorbehalt zurückzieht, wird die Genehmigung damit nicht zum bloßen Aufsichtsmittel.

Auch die Genehmigung der Einrichtung hauptamtlicher Stellen in amtsangehörigen Gemeinden nach § 60 Abs. 2 nwGO a.F. war hier einzuordnen und nicht, wie es das OVG Münster getan hat[3], im Bereich eines vermeintlichen "Kondominiums". Denn es war als Ausfluß der Staatshoheit einseitiges Recht des Staates, die Eingliederung einer Gemeinde in ein Amt vorzunehmen[4] - ebenso wie etwa die Einkreisung oder Auskreisung einer Gemeinde[5] - und dadurch zu bewirken, daß die einzelnen Gemeinden kein eigenes Personal besaßen. Die Genehmigung zu einer Abweichung von dieser Regel konnte rechtlich nicht anders beurteilt werden.

Nicht in die hier vorgeschlagene Einteilung der Genehmigungsvorbehalte nach den Gemeindeordnungen in Aufsichtsmittel einerseits und "gestaltende Hoheits-

---

1 Vgl. Stern, aaO., Rz. 127.

2 Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 28 Rz. 29.

3 In dem erwähnten Urteil vom 8.1.1964, OVGE 19, 190, 198 = DVBl. 1964, S. 678, 680.

4 Vgl. § 5 Abs. 2 der aufgehobenen nwAmtsO. Dazu Wagener, Gemeindeverbandsrecht in Nordrhein-Westfalen, § 5 AmtsO Anm. III.

5 Vgl. § 12 Abs. 1 u. Abs. 2 S. 3 nwKreisO.

akte des Staates im gemeindlichen Bereich" andererseits paßt - Baden-Württemberg ausgenommen[1] - der Genehmigungsvorbehalt für die Verfügung über und Veränderung von Sachen, die einen besonderen wissenschaftlichen, geschichtlichen oder künstlerischen Wert haben. Denn es handelt sich hier nicht um eine Vorschrift des Kommunalrechts[2]. Die Bestimmung gehört systematisch in ein Spezialgesetz, das sich mit der Erhaltung kulturell wertvoller Gegenstände, gleich welchen Eigentümers, befaßt[3]. Dieser Genehmigungsvorbehalt ist nur deshalb in die Gemeindeordnungen aufgenommen worden, um hier möglichst alle wesentlichen Bestimmungen über die Veräußerung des Gemeindevermögens zusammenzufassen[4].

---

1 § 92 Abs. 4 Nr. 2 bawüGO nennt abweichend von den übrigen Gemeindeverordnungen als Kriterium für die Genehmigungserteilung, daß die Veräußerung mit einer geordneten Haushaltswirtschaft vereinbar ist. Die Einwirkungsmöglichkeiten des Staates aus dem Gesichtspunkt der Denkmalpflege sind im bawü Denkmalschutzgesetz v. 25.5.1971 (GesBl. S. 209) abschließend geregelt.

2 Dies übersehen BVerwG DVBl. 1971, S. 213; VG Kassel DVBl. 1954, S. 7; Rauball/Rauball § 78 Anm. 3. Inkonsequent BayVGH BayBgm 1969, S. 244, wo zwar der Bezug zu Art. 141 Abs. 1 bayVerf. und früheren Vorschriften des Denkmalschutzes hergestellt wird, der Genehmigungsvorbehalt dann aber doch in das Kommunalrecht eingeordnet und - ohne Gebrauch des Ausdrucks - als Mitwirkungsrecht in einem "Kondominium" behandelt wird.

3 Depiereux, Das neue Haushaltsrecht der Gemeinden, S. 189.

4 Depiereux, aaO.

§ 6 Der Aufsichtsmaßstab bei der Ausübung der Genehmigungsvorbehalte

I. Das Problem

Lehnt die Aufsichtsbehörde die Genehmigung einer Maßnahme der Gemeinde wegen Unzweckmäßigkeit ab und erhebt diese daraufhin nach erfolglosem Widerspruch[1] Klage zum Verwaltungsgericht, so kann das Gericht nicht gem. § 113 Abs. 4 VwGO selbst die Zweckmäßigkeit prüfen und bejahendenfalls die Beklagte zur Erteilung der Genehmigung oder zur erneuten Bescheidung der Klägerin verpflichten. Denn die Gerichte sind dazu berufen, Rechtsfragen, nicht aber Zweckmäßigkeitsfragen zu entscheiden[2].

Eine Zweckmäßigkeitskontrolle durch die Genehmigungsvorbehalte bedeutete somit, daß die Aufsichtsbehörde entschiede, was zweckmäßig ist. Sie hätte also

---

1 Soweit nicht nach den Gemeindeordnungen i.V.m. § 68 Abs. 1 S. 2 1. Halbs. VwGO das Vorverfahren für Klagen auf Erteilung einer Genehmigung entfällt. Vgl. die Nachw. bei Wolff/Bachof II, § 86 IX d.

2 Vgl. Carlo Schmid in seiner Ansprache bei der Einführung der Präsidenten des BVerfG Dr. Wintrich in sein Amt am 9.6.1954, zitiert nach DVBl. 1954, S. 459: "... wird das Bundesverfassungsgericht Zweckmäßigkeit oder Unzweckmäßigkeit einer Maßnahme nie zu erörtern haben. Täte es dies, so hörte es auf, ein Gericht zu sein. Es würde zu einem Faktor der vollziehenden oder gesetzgebenden Gewalt...". Dem trägt auch § 113 VwGO Rechnung, indem er auf die Rechtswidrigkeit eines VA bzw. seiner Ablehnung oder Unterlassung abstellt.

eine Ermessensentscheidung zu treffen[1]. Diese wäre gem. § 114 VwGO nur auf Ermessensfehler gerichtlich überprüfbar. Eine Verurteilung der Aufsichtsbehörde zur Erteilung der Genehmigung setzte voraus, daß jede andere Entscheidung rechtswidrig wäre und die Gemeinde deshalb aus dem Gesichtspunkt der Ermessensreduzierung "auf eins"[2] Anspruch auf sie hätte.

Steht der Aufsichtsbehörde dagegen nur eine Gesetzmäßigkeitskontrolle zu, so muß sie die Genehmigung erteilen, wenn die Maßnahme rechtmäßig ist, gleichgültig, ob sie sie auch für zweckmäßig hält. Eine Verpflichtungsklage auf Erteilung der Genehmigung ist schon dann begründet, wenn die zu genehmigende Maßnahme nicht rechtswidrig ist.

Für die Frage, wann die Gemeinde einen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung hat und diesen gerichtlich durchsetzen kann, ist es folglich von entscheidender Bedeutung, ob die Aufsichtsbehörde die genehmigungspflichtige Maßnahme auch auf ihre Zweckmäßigkeit überprüfen darf. Einige der im nächsten Abschnitt zu erläuternden Genehmigungsvorbehalte lassen eindeutig erkennen, daß die Genehmigung bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen erteilt werden muß.

---

1 Daraus, daß Zweckmäßigkeitskontrolle Ermessen der Aufsichtsbehörde bedeutet, erklärt sich der in der Literatur vielfach gebrauchte Ausdruck "Ermessenskontrolle". Dieser ist mißverständlich. Er könnte nämlich den Eindruck erwecken, das Ermessen der Gemeinde werde kontrolliert. Das wäre aber eine Rechtmäßigkeitskontrolle durch die Aufsichtsbehörde auf Ermessensfehler.

2 Vgl. statt vieler Menger/Erichsen, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch. 58 (1967), S. 171, 178 ff.

Wegen der übrigen ist zu untersuchen, ob aus den allgemeinen Vorschriften über die Kommunalaufsicht und das Selbstverwaltungsrecht eine Beschränkung auf die Rechtmäßigkeitskontrolle folgt.

II. Der Aufsichtsmaßstab nach den Gemeindeordnungen

Aus der hier vertretenen Einordnung der Genehmigungsvorbehalte als Aufsichtsmittel, soweit sie nicht "gestaltende Staatshoheitsakte im gemeindlichen Bereich" sind, folgt nicht notwendig, daß auf sie die Bestimmungen der Gemeindeordnungen[1] anwendbar sind, wonach die Kommunalaufsicht auf eine Gesetzmäßigkeitskontrolle beschränkt ist. Denn daß die Genehmigungsvorbehalte richtiger Ansicht nach Aufsichtsmittel sind, bedeutet nicht unbedingt, daß sich die gesetzliche Regelung des Aufsichtsmaßstabs in den Gemeindeordnungen auch auf sie bezieht.

Die Bestimmung, daß die Aufsicht des Staates der Kontrolle der Gesetzmäßigkeit der Gemeindeverwaltung dient, steht in der jeweiligen Gemeindeordnung stets am Anfang des Aufsichtsteils. Daran schließt sich die Regelung der repressiven Aufsichtsmittel an, die unstreitig nur einer Gesetzmäßigkeitskontrolle dienen. Die Genehmigungsvorbehalte finden sich dagegen sämtlich außerhalb dieses Teils. Zudem wurden

---

1 § 118 Abs. 1 bawüGO; Art. 109 Abs. 1 bayGO; § 135 S. 1 hessGO; § 127 Abs. 1 S. 2 1. Halbs. nsGO; § 106 Abs. 1 nwGO; § 117 S. 1 rhpfGO; § 123 Abs. 1 S. 1 saarGO; § 120 shGO.

auch noch während der Weimarer Republik die Genehmigungsvorbehalte ganz allgemein als Mittel auch einer Zweckmäßigkeitskontrolle angesehen, ob man sie nun als Aufsichtsmittel bezeichnete oder nicht[1]. Die Auslegung des gesamten Gemeinderechts ist aber von dem Grundsatz beherrscht, daß im Zweifel das gelten soll was als herkömmlich anzusehen ist[2]. Dies alles spricht allgemein dagegen, daß mit der Beschränkung der Kommunalaufsicht auf eine Gesetzmäßigkeitskontrolle in den Gemeindeordnungen auch die Handhabung der aufsichtlichen Genehmigungsvorbehalte erfaßt werden sollte. Dementsprechend wird der Entscheidungsmaßstab bei den Genehmigungsvorbehalten in der Literatur fast[3] ausschließlich nur unter dem Aspekt von Art. 28 II GG und den landesverfassungsrechtlichen Bestimmungen über die Kommunalaufsicht erörtert[4].

---

1 Vgl. Gönnenwein, Die Kommunalaufsicht als Rechtsaufsicht, S. 512; Weber, Kommunalaufsicht als Verfassungsproblem, S. 22.

2 Vgl. Weber, aaO.

3 Anders jedoch Barocka, Aufgaben und Befugnisse der Aufsichtsbehörde bei der Genehmigung von Gemeindesatzungen, DVBl. 1963, S. 704, 759, der § 106 Abs. 1 S. 3 nwGO a.F., dem § 106 Abs. 1 n.F. entspricht, auch auf die aufsichtlichen Genehmigungsvorbehalte bezieht.

4 Vgl. etwa Gönnenwein, aaO., S. 519 ff.; Weber, aaO., S. 19 ff., Stern, BK, Art. 28, Zweitbearbeitung, Rz. 137 ff.; Pagenkopf, Kommunalrecht I, S. 386 ff.; Köttgen, Wesen und Rechtsform der Gemeinden und Gemeindeverbände, S. 220 f.; Müller, Zur Problematik der Genehmigungsvorbehalte im Kommunalrecht, VerwArch., 54 (1963), S. 170 ff.; Seeberger, Genehmigungsvorbehalte im Kommunalrecht, StT 1961, S. 535 ff.

Daß sich in der bayerischen[1], hessischen[2] und niedersächsischen[3] Gemeindeordnung innerhalb des Aufsichtsteils allgemeine Bestimmungen über die Genehmigungen finden, führt für diese Länder zu keinem anderen Ergebnis[4]:

In dem mit "Genehmigungsbehörde" überschriebenen Art. 117 bayGO heißt es in Abs. 1, daß die "Rechtsaufsichtsbehörde" für die Erteilung der in der Gemeindeordnung vorgesehenen Genehmigungen zuständig ist, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist. Einer solchen Zuständigkeitsregelung hätte es nicht bedurft, wenn der Gesetzgeber die Genehmigungsvorbehalte als Mittel der Kommunalaufsicht angesehen hätte, denn dann wäre die Aufsichtsbehörde ohnehin zuständig gewesen. Zudem befindet sich Art. 117 ganz am Ende des der Aufsicht gewidmeten 1. Abschnitts des Vierten Teils der bayerischen Gemeindeordnung und noch hinter der Regelung der Befugnisse der Fachaufsicht in Art. 116.

§ 143 hessGO, wonach die Landesregierung durch Verordnung an sich genehmigungspflichtige Maßnahmen von der Genehmigungspflicht freistellen kann, und § 144 hessGO, der für aufsichtsbehördliche Genehmigung die

---

1 Art. 117 bayGO.

2 §§ 143, 144 hessGO.

3 § 133 nsGO.

4 Ebenso, wenn auch mit unterschiedlicher Begründung, Masson/Samper, Art. 25 bayGO Rz 4; Schlempp/Schlempp, § 135 Anm. I; Lüersen/Neuffer, § 133 Anm. 5.

Schriftform vorschreibt, finden sich zwar im Aufsichtsteil der hessischen Gemeindeordnung, aber hinter den Vorschriften über die repressiven Aufsichtsmittel und die Rechtsmittel gegen Anordnungen der Aufsichtsbehörde. Auch folgt mit § 146 hessGO nur 2 Paragraphen weiter am Schluß dieses Teils die Bestimmung über Zwangsvollstreckung und Konkurs, die mit Kommunalaufsicht nichts zu tun hat.

§ 133 nsGO trifft zwar innerhalb des Aufsichtsteils eine Bestimmung über die Genehmigungen. Nach § 7 Abs. 2 S. 2 nsGO darf aber die Genehmigung der Aufsichtsbehörde zur Hauptsatzung nur versagt werden, "soweit die Hauptsatzung mit den Gesetzen nicht vereinbar ist". Dieser Regelung hätte es nicht bedurft, wenn sich dasselbe nach Auffassung des Gesetzgebers schon aus der Definition der Kommunalaufsicht in § 127 Abs. 1 S. 2. 1. Halbs. nsGO ergäbe. Zudem wird in § 133 Abs. 2 nsGO anders als bei den repressiven Aufsichtsmitteln für die Klage auf Erteilung einer Genehmigung vom Erfordernis des Vorverfahrens befreit. Schließlich folgt hier unmittelbar darauf die der Kommunalaufsicht wesensfremde Bestimmung über Zwangsvollstreckung und Konkurs.

Etwas anderes gilt nach der 1973 neu erlassenen Gemeindeordnung für Rheinland-Pfalz. Der die Genehmigungen betreffende § 119 rhpfGO schließt sich unmittelbar an die Festlegung des Aufsichtsmaßstabs in § 117 und die Bestimmung der Aufsichtsbehörde in § 118 an. Ihm folgt die Aufzählung der repressiven Auf-

sichtsmittel. Alsdann wird in § 126 auf die Klagemöglichkeit sowohl gegen Anordnungen der Aufsichtsbehörde als auch gegen die Ablehnung einer gesetzlich vorgeschriebenen Genehmigung hingewiesen und die Zuständigkeit für den Widerspruchsbescheid einheitlich der Bezirksregierung übertragen. Aus dieser gleichsam nahtlosen Einbettung der Genehmigungen in das System der Rechtsaufsicht kann nur geschlossen werden, daß nach der jüngsten Gemeindeordnung für Rheinland-Pfalz auch die Genehmigungsvorbehalte nur einer Rechtmäßigkeitskontrolle dienen[1].

Für Baden-Württemberg ermächtigt Art. 75 Abs. 1 S. 2 der Landesverfassung dazu, durch Gesetz für die Übernahme von Schuldverpflichtungen und Gewährschaften durch die Gemeinden sowie die Veräußerung von Grundstücken Genehmigungsvorbehalte einzuführen, die unter dem Gesichtspunkt einer "geordneten Wirtschaftsführung" zu handhaben sind. "Geordnete Wirtschaftsführung" ist zwar ein unbestimmter Rechtsbegriff, der einer Rechtmäßigkeitskontrolle zugänglich ist[2]; aus dem Zusammenhang mit Art. 75 Abs. 1 S. 1, wonach die Staatsaufsicht nur die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung der Gemeinden überwacht, folgt aber, daß der Verfassungsgeber dies verkannt hat und für bestimmte Maßnahmen eine Zweckmäßigkeitskontrolle durch Genehmigungsvorbehalte ermöglichen wollte[3]. Die Gemeindeordnung ist

---

1 A.A. wohl Hofmann/Reth/Dreibus, § 119 rhpfGO Anm. 6.

2 Weber, aaO., S. 23; Seeberger, aaO., S. 536 f.

3 Im Ergebnis ebenso Müller, aaO., S. 175; Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 201.

nach der Verfassung ergangen[1]. Deshalb ist sie so auszulegen, daß jedenfalls die Genehmigungsvorbehalte, die nicht unter dem Gesichtspunkt einer "geordneten Haushaltswirtschaft" zu handhaben sind - dieser Begriff ist mit der Haushaltsreform jeweils an die Stelle der "geordneten Wirtschaftsführung" getreten[2], soweit nicht eine Genehmigungspflicht entfallen ist[3] - nur eine Rechtmäßigkeitskontrolle eröffnen[4].

III. Verbot einer Zweckmäßigkeitskontrolle aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG?

Die Kommunalaufsicht wird in Art. 28 Abs. 2 GG anders als in den die kommunale Selbstverwaltung betreffenden Bestimmungen der Landesverfassungen[5] nicht eigens erwähnt. Da sie aber die Selbstverwaltung der Gemeinden berührt, ist zu prüfen, ob eine Handhabung der kommunalaufsichtlichen Genehmigungsvorbehalte als Mittel einer Überwachung auch der Zweckmäßigkeit der Gemeindeverwaltung mit Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG vereinbar wäre.

---

1 Die bawüVerf. wurde im GesBl. 1953, S. 111, die bawüGO im GesBl. 1955, S. 129, verkündet und zuletzt im GesBl. 1976, S. 1, neu bekanntgemacht.

2 So bezüglich der Veräußerung von Waldgrundstücken in § 92 Abs. 4 S. 2 bawüGO, der § 80 Abs. 4 S. 2 a.F. entspricht.

3 Z.B. grundsätzlich für die einzelnen Kreditaufnahmen. Vgl. § 94 Abs. 1 S. 2 bawüGO a.F. und § 87 bawüGO n.F.

4 Vgl. Gönnenwein, aaO., für die a.F.

5 Art. 75 Abs. 1 S. 1 bawüVerf.; Art. 83 Abs. 4 bayVerf.; Art. 137 Abs. 3 hessVerf.; Art. 44 Abs. 5 nsVerf.; Art. 78 Abs. 4 nwVerf.; Art. 49 Abs. 3 rhpfVerf.; Art. 127 saarVerf.; Art. 39 Abs. 3 shVerf.

1. Zum Inhalt des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG

Den zahlreichen Untersuchungen zur rechtlichen Tragweite des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG braucht hier keine weitere hinzugefügt zu werden. Für unser Thema interessiert allein, ob aus der Selbstverwaltungsgarantie folgt, daß die Genehmigungsvorbehalte im Schuldenwesen der Gemeinden nur einer reinen Gesetzmäßigkeitskontrolle dienen dürfen und deshalb notfalls verfassungskonform in diesem Sinne auszulegen sind, soweit der Wortlaut nicht entgegensteht[1].

Art. 28 Abs. 2 S. 1 enthält kein Grundrecht, sondern eine institutionelle Garantie der Existenz von Gemeinden als Rechtssubjekte und ihrer Selbstverwaltung[2]. Gleichwohl können die Gemeinden gem. Art. 93 Abs. 1 Ziff. 4b GG wegen Verletzung des Rechts auf Selbstverwaltung durch ein Gesetz Verfassungsbeschwerde einlegen, soweit nicht der Rechtsweg zum Landesverfassungsgericht eröffnet ist. Die Gewährleistung der Selbstverwaltung hat drei Komponenten: Allzuständigkeit für die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, Eigenverantwortlichkeit und Autonomie hinsichtlich der eigenen Angelegenheiten[3].

---

1 Zur verfassungskonformen Auslegung bis zur Grenze des Wortlauts vgl. nur BVerfGE 8, 28, 33 ff.

2 Vgl. z.B. BVerfGE 1, 167, 174 f.; BVerwGE 2, 329, 332, Maunz, in Maunz/Dürig/Herzog, Art. 28 Rz 24; Stern, BK, Art. 28, Zweitbearbeitung, Rz. 62; Pagenkopf, Kommunalrecht I, S. 57 f. m.w.N. auch für die ältere Mindermeinung, die ein Grundrecht annahm.

3 Vgl. etwa Stern, aaO., Rz. 86 ff.

Was alles zu den "Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" gehört, läßt sich nicht abschließend festlegen. Auch die Aufzählung der Aufgaben des eigenen Wirkungskreises in Art. 83 Abs. 1 der bayerischen Verfassung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit, wie sich aus den Worten "fallen insbesondere" ergibt. Eine Enumerierung würde auch methodisch dem Prinzip einer Generalklausel widersprechen. Daß jedenfalls das Haushaltswesen der Gemeinden dazu gehört, ist in Rechtsprechung[1] und Lehre[2] anerkannt.

Mit den Worten "in eigener Verantwortung" in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG ist, wie Erich Becker es besonders prägnant formuliert hat, das Recht gewährleistet, die gemeindlichen Aufgaben "ohne Weisung und Vormundschaft des Staates so zu erfüllen, wie dies nach Maßgabe der Rechtsordnung zweckmäßig erscheint"[3]. Die Eigenverantwortlichkeit der Gemeinden wird üblicherweise in verschiedene Hoheitsrechte, darunter Organisationshoheit, Planungshoheit, Personalhoheit und Finanzhoheit, aufgegliedert[4]. Im Hinblick auf das Thema der Untersuchung verdient die Finanzhoheit besondere Bedeutung. Diese beinhaltet das Recht der Gemeinden zu eigenverantwortlicher Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft im Rahmen eines gesetzlich geord-

---

1 Z.B. BVerfGE 6, 104, 116

2 Z.B. Stern, aaO., Rz. 89; Hamann/Lenz, Art. 28 Anm. 6b.

3 Kommunale Selbstverwaltung, S. 718 f.

4 Vgl. etwa Stern, aaO., Rz. 96 ff. m.w.N.

neten Haushaltswesens[1].

Die Autonomie der Gemeinden als die Befugnis, in Selbstverwaltungsdingen durch Satzung Recht zu setzen, ist aus dem Ausdruck "regeln" in Art. 28 Abs. 2 S. 1 herzuleiten[2]. Ausfluß der Autonomie ist auch die Haushaltssatzung mit den darin enthaltenen Festsetzungen[3].

Der Vorbehalt, der sich aus den Worten "im Rahmen der Gesetze" in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG ergibt, berechtigt den Gesetzgeber, sowohl in den Umfang der gemeindlichen Aufgaben, als auch in die Eigenverantwortlichkeit ihrer Erfüllung einzugreifen[4], aber immer nur bis zur Schranke des "Wesensgehalts" oder "Kerns" des Selbstverwaltungsrechts[5]. Was den Wesensgehalt

---

1 Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 111; Stern, aaO., Rz. 99 m.w.N.; dagegen hält Hettlage, Die Gemeinden in der Finanzverfassung, AfK 3 (1964), S. 1, 14 den Begriff der gemeindlichen Finanzhoheit für zu "unscharf", als daß aus ihm bestimmte Schlüsse auf ihren Inhalt und Umfang gezogen werden könnten. Gegen eine abstrakte Inhaltsbestimmung der Finanzhoheit auch Wixforth, Die gemeindliche Finanzhoheit und ihre Grenzen, Diss., S. 26 f.

2 BVerwGE 6, 247, 252; Wolff/Bachof II, § 86 VIIc 1.

3 Wolff/Bachof, § 86 VIIc 5

4 Vgl. BVerfGE 17, 172, 181 ff.; 21, 117, 128 ff.; Stern, aaO., Rz. 114 m.w.N.; Weber, aaO., S. A.A. jedoch u.a. Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 28, Rz. 31; v. Mangoldt/Klein, Art. 28 Anm. IV 1d, S. 707.

5 Z.B. BVerfGE 1, 167, 175; 7, 358, 364; 23, 353, 365 f.; 26, 228, 237 f.; BVerwGE 6, 19, 24; 31, 345, 355 f.; v. Mangoldt/Klein, Art. 28 Anm. IV 1b; Maunz, aaO., Rz. 32; Stern, aaO., Rz. 120.

der kommunalen Selbstverwaltung ausmacht, läßt sich nicht in der Weise definieren, daß man bestimmte Aspekte aufzählt. Das Bundesverfassungsgericht pflegt jeweils hervorzuheben, daß bei der Bestimmung des unantastbaren Kernbereichs "der geschichtlichen Entwicklung und den verschiedenen historischen Erscheinungsformen der Selbstverwaltung Rechnung zu tragen" sei[1]; dieser Satz wird aber in einigen Entscheidungen wiederum durch die Worte "in einem gewissen Ausmaß" abgeschwächt[2]. Es prüft alsdann, ob die im konkreten Fall zu seiner Nachprüfung gestellte Norm unter Berücksichtigung dieses Grundsatzes in den Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie eingreift. Dagegen bemüht sich etwa Stern zunächst um eine abstrakte Definition des Wesensgehalts als "das Essentiale, das man aus einer Institution nicht entfernen kann, ohne deren Struktur und Typus zu verändern"[3]. Bei der Bestimmung der typusbestimmenden Elemente stellt er dann aber - wenn auch etwas vorsichtiger als das Bundesverfassungsgericht[4] - wesentlich auf historische Gesichtspunkte ab, nämlich auf das "charakteristische Erscheinungsbild der deutschen Gemeinde als einer Selbstverwaltungseinheit in ihrem typischen Gepräge"[5]. Im Ergebnis liegt darin nur ein Unterschied im methodischen Ansatz.

---

1 Z.B. in BVerfGE 17, 172, 182; 22, 180, 205; 23, 353, 366; 26, 228, 238. In der zuletzt genannten Entscheidung waren allerdings zunächst speziellere Regelungen des GG zu prüfen.

2 So etwa in BVerfGE 7, 358, 364; 11, 266, 274.

3 Der rechtliche Standort der Gemeindewirtschaft, AfK 3 (1964), S. 81, 87.

4 BK Art. 28, Zweitbearbeitung, Rz. 124.

5 AaO., Rz. 123. Einzelheiten aaO., Rz. 124.

2. Der Meinungsstand

Darüber, daß eine Aufsicht des Staates über die Gemeinden auch in ihrem eigenem Wirkungskreis mit der Selbstverwaltungsgarantie vereinbar ist, besteht Einigkeit[1]. Die Aufsicht ist das Korrelat der Selbstverwaltung[2]. Streitig ist nur, ob aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG folgt, daß die Kommunalaufsicht auf eine Gesetzmäßigkeitskontrolle beschränkt sein muß, und zwar auch bei der Handhabung der Genehmigungsvorbehalte

a) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hatte noch keine Gelegenheit, zu dieser Frage abschließend Stellung zu nehmen.

In dem Beschluß des Zweiten Senats vom 29. April 1958[3] heißt es:

> "Der durch Art. 28 Abs. 2 GG auch gegenüber dem Gesetzgeber geschützte Wesensgehalt der Selbstverwaltung.... wird nicht dadurch angetastet, daß der Staat sich gewisse Entscheidungen in beamtenrechtlichen Angelegenheiten vorbehält, um eine gleichmäßige Handhabung für alle Beamten im Land zu sichern. Das gilt zum mindesten dann, wenn es sich - wie im vorliegenden Falle - um reine Rechtsentscheidungen handelt."

---

1 Vgl. statt aller Maunz, aaO., Rz. 33.

2 Gönnenwein, Die Kommunalaufsicht als Rechtsaufsicht, S. 511; Becker, Die Selbstverwaltung als verfassungsrechtliche Grundlage der kommunalen Ordnung in Bund und Ländern, S. 165; Köttgen, Wesen und Rechtsform der Gemeinden und Gemeindeverbände, S. 218.

3 2 BvL 25/56, BVerfGE 7, 358, 365.

Der Streit ging hier darum, ob die Zuweisung bestimmter beamtenrechtlicher Entscheidungen nach dem G 131 bezüglich der Gemeindebediensteten auf die oberste Aufsichtsbehörde mit Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG vereinbar ist. Da die Entscheidung unmittelbar der obersten Aufsichtsbehörde zukam, also nicht etwa durch diese eine Entschließung der Gemeinde zu genehmigen war, handelte es sich zwar nicht um einen Fall der Aufsicht, aber doch ebenso wie bei der Aufsicht um einen Eingriff in die Eigenverantwortlichkeit der Gemeinde. Deshalb ist dieser Beschluß auch für das hier zu untersuchende Problem, ob eine Aufsicht, die sich auch auf die Zweckmäßigkeit des gemeindlichen Handelns erstreckt, mit der Eigenverantwortlichkeit als Teil der Selbstverwaltungsgarantie vereinbar ist, von Interesse.

Aus dem Satz "das gilt zum mindesten dann, wenn es sich .... um eine reine Rechtsentscheidung handelt", ist zunächst zu entnehmen, daß das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich offenlassen wollte, ob es auch Eingriffe in die Eigenverantwortlichkeit, die nur aus Zweckmäßigkeitserwägungen ergehen, für mit der Selbstverwaltungsgarantie vereinbar hält. Wenn es dem Gericht selbstverständlich erschienen wäre, daß auch solche Eingriffe zulässig sind, hätte es von diesem Hinweis abgesehen. Da hier nur die Verfassungsmäßigkeit der Zuweisung unbeschränkt justitiabler[1] beamtenrechtlicher Entscheidungen an eine staatliche Behörde zu erörtern war, war der zuletzt zitierte

1 Vgl. § 23 Abs. 2 S. 2 G 131 i.d.F. v. 1.9.1953 (BGBl. I S. 1287), den das BVerfG, aaO., S. 359 zitiert.

Satz an sich überflüssig. Das aber deutet darauf hin, daß der Senat so erhebliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit von Eingriffen in die Eigenverantwortlichkeit der Gemeinden nur aus Zweckmäßigkeitserwägungen hatte, daß er Anlaß zu der Klarstellung, insoweit sei nichts entschieden, sah. Dieser Beschluß des Bundesverfassungsgerichts spricht also zumindest nicht gegen eine Beschränkung der Aufsicht über die Gemeinden auf eine reine Rechtmäßigkeitskontrolle von Bundesverfassungs wegen.

In seinem Beschluß vom 2. Dezember 1958[1] hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts den Bestätigungsvorbehalt zu Gunsten der Landesregierung bei der Wahl von Oberkreisdirektoren nach § 38 Abs. 1 S. 3 nwKreisO mit Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG für vereinbar gehalten[2], obwohl er zugleich[3] die Ansicht vertreten hat, es handele sich hier um eine Ermessensentscheidung[4]. Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG gewährleistet

---

1 1 BvL 27/55 = BVerwGE 8, 332.

2 AaO., S. 359 f.

3 AaO., S. 357.

4 Die Entscheidung ist formell nur zu der Frage ergangen, ob die in § 54 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Abs. 2 S. 3 nwKreisO enthaltene einmalige Übergangsregelung hinsichtlich des Ausscheidens von Oberkreisdirektoren nach Inkrafttreten der neuen KreisO mit dem GG vereinbar war. Die Frage konnte aber nur bejaht werden, wenn zugleich incidenter der Bestätigungsvorbehalt zu Gunsten der Landesregierung in § 38 Abs. 1 S. 4 nwKreisO für verfassungsmäßig erklärt wurde. Das hat das BVerfG auf S. 359 mit den Worten getan, daß die Versetzung in den Wartestand gem. § 54 Abs. 2 S. 3 nwKreisO "nur die Entsprechung zu der in § 38 LKrO vorbehaltenen Bestätigung bei Neuernennungen" bilde, "und.... daher - dem Wesen nach - mit der Personalhoheit nicht weniger verträglich als diese Bestätigung" sei.

aber auch für die Gemeindeverbände die Eigenverantwortlichkeit innerhalb ihres gesetzlichen Aufgabenbereiches und damit auch deren Personalhoheit[1].

Das Bestätigungserfordernis ist aber dadurch motiviert, daß der Oberkreisdirektor nicht nur Hauptverwaltungsbeamter des Kreiskommunalverbandes, sondern zugleich untere staatliche Verwaltungsbehörde[2] im Kreisgebiet und in der Regel Kreispolizeibehörde[3] ist. Als solcher ist er in die staatliche Verwaltungsorganisation mit unbeschränkter Weisungsunterworfenheit[4], aber auch Weisungsbefugnis[5] eingegliedert. Wäre der Oberkeisdirektor nur Organ des Kreises, gäbe es keinen sachlichen Grund dafür, daß seine Wahl anders als die des Hauptverwaltungsbeamten einer kreisfreien Stadt der Bestätigung bedarf. Dementsprechend gab es in der Zeit von 1945 bis 1953, als die Oberkreisdirektoren auch der Funktion nach reine Kommunalbeamte waren, keine Bestätigungspflicht. Der jetzige ermessensförmige Bestätigungsvorbehalt ist der Preis für die weitgehende Vereinheitlichung von staatlicher und kommunaler Verwaltung in den nordrhein-westfälischen Kreisen, von denen diese ansonsten nur profitieren.

Bei der Bestätigung des Oberkeisdirektors handelt es sich demnach um ein Mitwirkungsrecht des Staates,

---

1 Vgl. BVerfGE 21, 117, 128 f.; BVerwGE 6, 19, 23; v. Mangoldt/Klein, Art. 28 Anm. IV 2a u. b Hamann/Lenz, Art. 28 Anm. 9.

2 § 9 Abs. 2 nwLOG.

3 § 6 nwPolG.

4 § 11 nwLOG.

5 Insbesondere nach § 58 nwLBG gegenüber den ihm unterstellten Landesbeamten.

das nicht aufsichtlicher Natur ist[1], sondern nur dem staatlichen Interesse daran, daß der Leiter der unteren Verwaltungsbehörde und Kreispolizeibehörde das Vertrauen der Landesregierung genießt, Rechnung trägt[2]. Daraus, daß das Bundesverfassungsgericht diesen Bestätigungsvorbehalt, obwohl er seiner Ansicht[3] nach ermessensförmig ist, als mit Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG vereinbar bezeichnet hat, kann deshalb für die Frage, ob aufsichtliche Genehmigungsvorbehalte auch einer Zweckmäßigkeitskontrolle dienen dürfen, nichts hergeleitet werden.

b) Die Ansichten in der sonstigen Rechtsprechung und in der Literatur

Nach überwiegender Meinung ist aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG herzuleiten, daß die Kommunalaufsicht auf eine reine Gesetzmäßigkeitskontrolle beschränkt sein muß, weil Eingriffe in den eigenen Wirkungskreis der Gemeinden aus Zweckmäßigkeitsgründen mit einer eigenverantwortlichen Verwaltung nicht zu

---

1 Wenn es auch als Mittel der Rechtsaufsicht verwendet werden kann, da die Bestätigung schon aus den Gründen versagt werden kann, die die untere Aufsichtsbehörde für die Kreise - den Regierungspräsidenten, § 46 Abs. 1 S. 1 nwKreisO - zur Beanstandung des Beschlusses des Kreistags über die Wahl des Oberkreisdirektors wegen Gesetzesverletzung berechtigen würde. Vgl. Wagener, Gemeindeverbandsrecht in Nordrhein-Westfalen, § 38 LKrO Rz. 20.

2 Salzwedel, aaO., S. 208.

3 Ebenso Salzwedel, aaO.; a.A. wohl Wagener, aaO., der als Beispiele für Versagungsgründe nur unbestimmte Rechtsbegriffe nennt.

vereinbaren seien[1]. Nicht selten wird aber eine Einschränkung gemacht mit Worten wie etwa "grundsätzlich"[2]. Damit soll dann für die weiteren Ausführungen Raum gelassen werden, daß allerdings ausnahmsweise bei der Ausübung der Genehmigungsvorbehalte eine Zweckmäßigkeitskontrolle verfassungsmäßig sei[3].

Die Vertreter der Gegenmeinung, die eine Zweckmäßigkeitskontrolle für mit Art. 28 Abs. 2 S. 1 vereinbar halten, argumentieren zum Teil rein historisch. Nach der geschichtlichen Entwicklung sei die Kommunalaufsicht nicht auf eine Gesetzmäßigkeitskontrolle beschränkt. Der Gesetzgeber habe in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG die Institution der gemeindlichen Selbstverwaltung nur so garantieren wollen, wie er sie vorgefunden habe. Dem Begriff der Selbstverwaltung nach dem Grundgesetz sei also gleichsam die Möglichkeit einer Aufsicht, die sich auch auf die Zweckmäßigkeit des gemeindlichen Handelns erstreckt, eigen. Allerdings dürfe durch eine Zweckmäßigkeitskontrolle die Aufsicht nicht wie eine "Staatskuratel" wirken, da dann der Wesensgehalt des Selbst-

---

1 Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 28 Rz. 33; Stern, BK, Art. 28, Zweitbearbeitung, Rz. 135; Hamann, Das Grundgesetz, 2. Aufl., Art. 28 Anm. 7; Weber, Kommunalaufsicht als Verfassungsproblem, S. 20. In diesem Sinne läßt sich auch BVerwGE 6, 329, 333 f. verstehen.

2 So etwa Zuhorn/Hoppe, S. 303; Hamann/Lenz, 3. Aufl., Art. 28 Anm. 7; Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 719; Müller, aaO., S. 184; Seibert, Die Gewährleistung gemeindlicher Selbstverwaltung durch das Grundgesetz, Diss., S. 216.

3 Vgl. insbes. Zuhorn/Hoppe, aaO., Müller, aaO.

verwaltungsrechts beeinträchtigt wäre[1]. Andere heben darauf ab, daß den Gemeinden durch Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG die eigenverantwortliche Regelung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft nur "im Rahmen der Gesetze" gewährleistet ist. Eine Zweckmäßigkeitskontrolle sei schon deshalb zulässig, wenn sie gesetzlich angeordnet sei. In den Wesensgehalt des Selbstverwaltungsrechts werde durch sie - solange nicht eine "Staatskuratel" eingeführt werde - nicht eingegriffen. Denn dessen Inhalt sei unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung zu bestimmen. Diese lasse aber eine gesetzliche Beschränkung der Kommunalaufsicht auf eine reine Gesetzmäßigkeitskontrolle nicht als herkömmlich erkennen[2].

3. Kritik und eigene Lösung

a) Zweckmäßigkeitskontrolle wegen des Vorbehalts "im Rahmen der Gesetze" in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG?

Daß die Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG nur "im Rahmen der Gesetze" institutionell garantiert

---

1 Köttgen, Wesen und Rechtsform der Gemeinden und Gemeindeverbände, HdBKWP I, S. 185, 221; VerfGH RhPf, VerwRspr. 3 (1951), S. 529, 531; OVG Koblenz, AS 14, 1, 5 ff.

2 OVG Münster, OVGE 8, 290, 298 f.; Gönnenwein, Die Kommunalaufsicht als Rechtsaufsicht, S. 525 und Gemeinderecht, S. 177; Lohr, Satzungsgewalt und Staatsaufsicht, S. 95. David, aaO., S. 91; v. Loebell, § 106 Anm. 7i, der in der Gegenmeinung einen "Mythos der kommunalen Selbstverwaltung" zu spüren meint; Surén, Gemeindewirtschaftsrecht, S. 905 Fn. 12, der sich aber zu Unrecht auf BVerwG VerwRspr. 10, S. 736, 739 f. beruft, da dort über den Aufsichtsmaßstab nichts gesagt ist; Badura, DÖV 1963, S. 569 Fn. 87.

ist, bedeutet nur, daß bis zu der Grenze, wo die Gestaltungsfreiheit der Gemeinde so eingeengt wird, daß der Wesensgehalt der Selbstverwaltungsgarantie verletzt ist, das Handeln der Gemeinde ebenso wie das des Bundes und der Länder durch gesetzliche Regelungen der verschiedensten Arten gebunden werden kann. So kann den Gemeinden etwa ohne Verletzung des Kerns der Finanzhoheit die Führung ihrer Haushaltswirtschaft abstrakt-generell durch die einschlägigen Bestimmungen der Gemeindeordnungen und - kraft gesetzlicher Ermächtigung - die Gemeindehaushaltsverordnungen vorgeschrieben werden[1]. Dasselbe gilt etwa für das Recht ihrer Beamten, das dem der Landesbeamten angeglichen worden ist[2]. Die Gemeinden haben solche Gesetze unter Auslegung der darin enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe anzuwenden und von einem ihnen etwa eingeräumten Ermessen rechtsfehlerfrei Gebrauch zu machen. Hält die Aufsichtsbehörde die Gesetzesanwendung einschließlich des Ermessensgebrauchs für rechtsfehlerhaft und stützt sie darauf eine kommunalaufsichtliche Maßnahme, so entscheidet letztlich das Verwaltungsgericht, was Recht ist.

Eine Kontrolle durch die Aufsichtsbehörde, die sich auf die Zweckmäßigkeit des gemeindlichen Handelns erstreckte, stellte gerade keinen gesetzlichen Rahmen für das Handeln der Gemeinden dar. Denn die Verwaltung

---

1 Stern, aaO., Rz. 151.

2 Vgl. BVerfGE 7, 358, 364; Görg, Kommunales Dienstrecht, HdBKWP II, S. 44, 56 ff. m.w.N. A.A. Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 124, der die staatliche Beamtengesetzgebung hinsichtlich der Gemeinden für nur durch die Rahmenkompetenz des Bundes aus Art. 75 Nr. 1 GG gedeckt hält.

der Gemeinde wäre nicht allein durch gesetzliche Regelungen beschränkt, deren Beachtung in einem Rechtsstreit mit der Aufsichtsbehörde unbeschränkt gerichtlich überprüfbar wäre. Vielmehr hinge sie von dem Ermessen der Aufsichtsbehörde ab, da - wie bereits oben dargelegt - Zweckmäßigkeitskontrolle Ermessen des Beaufsichtigenden bedeutet.

b) Grammatisch-logische Auslegung des Begriffs der Selbstverwaltung

Die "Eigenverantwortlichkeit" ist das Kernstück der Selbstverwaltung; sie bedeutet begrifflich Weisungsfreiheit in Zweckmäßigkeitsfragen[1]. Denn wenn eine weisungsbefugte Stelle bestimmt, was zweckmäßig ist und deshalb zu geschehen hat, so trifft denjenigen, der eine Maßnahme weisungsgemäß durchführt, gerade nicht mehr die Verantwortung für ihre Zweckmäßigkeit. Ein Aufsichtsrecht, das sich auf die Zweckmäßigkeit des Handelns des Beaufsichtigten erstreckt, beinhaltet ein negatives Weisungsrecht[2]. Dadurch, daß der Aufsichtsberechtigte alle ihm nicht zweckmäßig erscheinenden Maßnahmen ablehnen kann, ist er nämlich in der Lage, bei Vorliegen mehrerer Möglichkeiten die Vornahme der ihm einzig zweckmäßig erscheinenden Maßnahme oder aber das Unterbleiben jeglichen Handelns in dem fraglichen Bereich zu erzwingen. Der Ausdruck "negatives" Weisungsrecht erklärt sich daraus, daß der Beaufsichtigende nur das Unterbleiben, nicht aber die Vornahme einer bestimmten Maßnahme gebieten kann, es sei denn, von mehreren denkbaren Möglichkeiten

---

1 Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 718.
2 Vgl. Müller, aaO., S. 184.

se aus Rechtsgründen wenigstens irgendeine durchgeführt werden; dann kann er durch Ablehnung aller übrigen aus Zweckmäßigkeitsgründen die Vornahme der gerade ihm genehmen erreichen.

Bedeutet aber Eigenverantwortlichkeit Weisungsfreiheit in Zweckmäßigkeitsfragen und beinhaltet eine Zweckmäßigkeitskontrolle ein negatives Weisungsrecht, so folgt daraus, daß eine Aufsicht, die sich auf Zweckmäßigkeitsfragen erstreckt, mit dem Begriff der Selbstverwaltung nicht vereinbar ist[1]. Deshalb muß die Aufsicht in Selbstverwaltungsangelegenheiten bei grammatisch-logischer Auslegung des Begriffs "in eigener Verantwortung" in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG von Bundesverfassungs wegen auf eine Gesetzmäßigkeitskontrolle beschränkt sein.

---

1 Dies drückt Barion, Die sozialethische Gleichschaltung der Länder und Gemeinden durch den Bund, Der Staat 1964, S. 1, 23, treffend wie folgt aus: "Selbstverwaltung als Regeln in eigener Verantwortung schließt begrifflich die Freiheit in sich, von mehreren gleich möglichen Wegen zur Erledigung einer 'Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft' den zu wählen, der dem Selbstverwaltungsträger angemessen oder auch nur angemessener erscheint; ein Verwaltungshandeln, dem diese Möglichkeit genommen bzw. vorenthalten wird, ist keine Selbstverwaltung, sondern Auftragsverwaltung im engsten Sinne".

c) Historische Auslegung der Selbstverwaltungsgarantie

aa) Zur Bedeutung der geschichtlichen Entwicklung für die Auslegung von Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG

Was unter Selbstverwaltung zu verstehen ist, ergibt sich nicht aus der Geschichte, sondern aus den geltenden Gesetzen[1]. Der Begriff der Selbstverwaltung ist im Grundgesetz nicht umfassend definiert, sondern nur mit den ihrerseits auslegungsbedürftigen Worten "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung... regeln" umschrieben. Bei der Auslegung dieser Begriffe ist zwar, wie das Bundesverfassungsgericht es ausdrückt, der geschichtlichen Entwicklung "Rechnung zu tragen"[2]; das bedeutet aber nicht, daß die Selbstverwaltung allein historisch interpretierbar ist[3]. Das soeben bei grammatisch-logischer Auslegung gewonnene Ergebnis wäre nur dann unrichtig, wenn die Betrachtung der geschichtlichen Entwicklung ergäbe, daß eine Zweckmäßigkeitskontrolle stets so selbstverständlich war, daß man sie auch heute noch für gleichsam systemimmanent halten müßte. Die "Selbstverwaltung" wäre dann in der Form als institutionell garantiert anzusehen, daß der Begriff "in eigener Verantwortung" eine Zweckmäßigkeitskontrolle trotz seines entgegenstehenden Wortlauts nicht ausschlösse.

---

1 So treffend Henrichs, Die Rechtsprechung zur Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung in Deutschland, DVBl. 1954, S. 728, 734.

2 S. oben S. 81.

3 Zu weitgehend daher Müller, aaO., S. 182, wonach der Inhalt der Selbstverwaltung allein historisch interpretiert werden kann.

bb) Der Aufsichtsmaßstab bei den Mitteln der Kommunalaufsicht mit Ausnahme der Genehmigungsvorbehalte

Nach § 1 StO 1808 blieb dem Staat das "oberste Aufsichtsrecht über die Städte, ihre Verfassung und ihr Vermögen", welches er gemäß § 2 StO 1808 dadurch ausübte, daß er eine Art Rechnungsprüfung betrieb. Desweiteren beschied er - was für die damaligen Verhältnisse mehr als Rechtsprechung denn als Kommunalaufsicht anzusehen ist - "Beschwerden... über das Gemeinwesen". Beides läßt sich nur als Gesetzmäßigkeitskontrolle im heutigen Sinne verstehen.

Gemäß § 139 revStO bestand die "Ober-Aufsicht" des Staates durch die Bezirksregierungen u.a. darin,

"a) sich die Überzeugung zu verschaffen, ob in jeder Stadt die Verwaltung nach den Gesetzen überhaupt und nach gegenwärtiger Ordnung[1] insbesondere eingerichtet sey;

b) dafür zu sorgen, daß die Verwaltung fortwährend in dem vorgeschriebenen Gange bleibe und angezeigte Störungen beseitigt werden;
....

d) die Stadtgemeinen zur Erfüllung ihrer Pflichten anzuhalten;
...."

Die übrigen Befugnisse kamen wiederum nach damaligen Maßstäben rechtsprechender Tätigkeit gleich.

---

1 Damit ist offensichtlich nicht etwa die gesellschaftliche "Ordnung", sondern die Städteordnung selbst gemeint. Dies übersieht Müller, aaO., und nimmt deshalb die zitierte Bestimmung als Argument für ein ermessensförmiges Aufsichtsrecht in Anspruch.

Buchstabe a) beinhaltet offensichtlich eine reine Gesetzmäßigkeitskontrolle. Dasselbe gilt für Buchstabe b), weil dort auf den "vorgeschriebenen" (= gesetzlichen) Gang abgestellt wird. Unter den "Pflichten" der "Stadtgemeinen" (d) können wiederum nur die gesetzlichen Pflichten der Stadt verstanden werden[1]. Aus dem zitierten § 139 Abs. 1 Buchst. b) der revidierten Städteordnung hat die Rechtsprechung des PrOVG auch noch nach Aufhebung dieses Gesetzes als Inhalt der Kommunalaufsicht die Befugnis der Aufsichtsbehörden abgeleitet, alles zu tun, was erforderlich ist, um den geordneten Gang der Verwaltung der Gemeinden zu sichern[2]. Damit ist aber über den Aufsichtsmaßstab nichts gesagt[3]. Jedenfalls nach heutigem Verständnis ist "erforderlich" ein unbestimmter Rechtsbegriff, dessen richtige Auslegung und Anwendung auf den konkreten Fall justitiabel ist.

Gem. § 77 öStO, § 83 rhStO und § 78 westfStO, jeweils in ihrer ursprünglichen Fassung, hatte die Aufsichtsbehörde den Gemeindevorstand zur Beanstandung eines Beschlusses der Stadtverordnetenversammlung anzuweisen, wenn dieser "deren Befugnisse überschreitet, gesetz- oder rechtswidrig ist, oder das Staatswohl verletzt." Den Begriff des "Staatswohles" könnte man nach der heutigen wissenschaftlichen Einsicht durchaus noch als einen justitiablen Rechtsbegriff ver-

---

1 A.A. anscheinend Müller, aaO., was aber wohl auf einem Mißverständnis des Wortes "Stadtgemeine" als einer natürlichen Person beruht.

2 PrOVGE 25, 49; 28, 95; 35, 118. Dazu Peters, Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen, S. 223 f.

3 Ebenso wohl Peters, aaO.

stehen[1]. Es ist deshalb umso bemerkenswerter, daß die Verletzung des Staatswohls als Beanstandungsgrund 1883 durch § 15 Abs. 2 Zuständigkeitsgesetz ausdrücklich aufgehoben wurde. Man betrachtete also jedenfalls seit 1883 Eingriffe, die nur auf eine Verletzung des Staatswohls gestützt wurden, als mit der Selbstverwaltungsidee unvereinbar. Dies legt aber wiederum den Schluß nahe, daß ein solches Eingriffsrecht wegen des schwer zu erfassenden Tatbestandes der Verletzung des Staatswohls für ermessensförmig und deshalb selbstverwaltungsfeindlich angesehen wurde, da ansonsten Bedenken gegen eine Verpflichtung der Gemeinden zu einer Beachtung des Staatswohls aus der Sicht des monarchistischen Staates nicht ersichtlich sind. Daß die übrigen Beanstandungsgründe nur einer reinen Gesetzmäßigkeitskontrolle dienten, liegt auf der Hand.

Das Zwangsetatisierungsrecht der Aufsichtsbehörde nach den drei Städteordnungen von 1853 und 1856[2] knüpfte ausdrücklich an die Unterlassung der Stadt "gesetzlich" obliegender - nicht etwa "zweckmäßiger"- Leistungen an, räumte der Aufsichtsbehörde also auch kein Ermessen ein.

Nach § 106 DGO diente die Staatsaufsicht dazu, sicherzustellen, daß die Gemeinde "im Einklang mit den Gesetzen und den Zielen der Staatsführung" verwaltet wurde. Die Verpflichtung zur Beachtung der "Ziele

---

1 Vgl. Peters, aaO., S. 237, der von "gebundenem Ermessen" spricht und damit entsprechend der älteren Terminologie - vgl. Wolff/Bachof I, § 31 IIb a.E. - wohl einen unbestimmten Rechtsbegriff meint. A.A. wohl Pagenkopf, Kommunalrecht I, S. 368.

2 § 78 öStO; § 84 rhStO; § 79 westfStO. Insoweit ebenso die Neufassung 1883 durch § 19 prZG.

der Staatsführung" war typische Ausprägung der Gleichschaltung auch der Gemeinden im nationalsozialistischen Staat, die dem bis dahin überlieferten Selbstverwaltungsbegriff gerade zuwiderlief und dem Verfassunggeber von 1949 nicht vorschwebte. Davon abgesehen durfte auch damals die Aufsichtsbehörde nicht unter Berufung auf die "Ziele der Staatsführung" eingreifen, wenn eine Entschließung des Bürgermeisters lediglich unzweckmäßig erschien, ohne aber gegen die "großen grundsätzlichen politischen und volkswirtschaftlichen Gesichtspunkte" zu verstoßen, "von denen die nationalsozialistische Staatsführung alle Zweige des öffentlichen Lebens geleitet" zu wissen wünschte[1].

Somit läßt sich aus der gesetzlichen Regelung der Kommunalaufsicht in der Vergangenheit, jedenfalls soweit sie sich nicht in Genehmigungsvorbehalten äußerte, eine Erstreckung auf die Kontrolle auch der Zweckmäßigkeit des gemeindlichen Handelns nicht feststellen[2].

---

1 Ziff. 2 b bb) der "Ausführungsanweisung Altreich" zur DGO. Vgl. auch Surén/Loschelder II, § 106 Anm. 3 c), S. 429.

2 Im Ergebnis ebenso Weber, Kommunalaufsicht als Verfassungsproblem, S. 22. A.A. nach dem Stand von 1926 Peters, Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen, S. 229. Soweit Peters eine Ermessenseinräumung für die Aufsichtsbehörde begründet, daß diese dafür Sorge zu tragen habe, "daß die Verwaltung in geordnetem Gange bleibt", sind seine Ausführungen durch die heutige Lehre vom unbestimmten Rechtsbegriff überholt. Im übrigen beschränkt er sich auf rechtspolitische Erwägungen.

cc) Der Aufsichtsmaßstab bei den Genehmigungsvorbehalten

Nach der revidierten Städteordnung stand die Genehmigung von Kreditaufnahmen nicht im Ermessen der Aufsichtsbehörde. § 120 S. 2 revStO[1] lautete:

> "Die Genehmigung zu neuen Anleihen hat die Regierung nur zu erteilen, wenn für einen sichern Zins- und Tilgungsfonds gesorgt ist."

War diese Voraussetzung erfüllt, so mußte nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes die Genehmigung erteilt werden.

Die Genehmigungsvorbehalte in den von 1853 an erlassenen preußischen Städteordnungen und in der DGO, welche sämtlich keine Entscheidungskriterien nannten, haben dann bis in die heutige Zeit den Eindruck vermittelt, als sei durch sie der Aufsichtsbehörde Ermessen eingeräumt. Dabei wird aber übersehen, daß auch unter Geltung dieser Gesetze[2] ein Anspruch auf Erteilung der Genehmigung bejaht wurde, wenn alle für die genehmigungspflichtige Maßnahme rechtlich relevanten Voraussetzungen erfüllt waren.

Wenn die Autoren der damaligen Zeit im Zusammenhang mit den aufsichtlichen Genehmigungsvorbehalten von

---

1 Vgl. dazu auch oben S. 11.

2 Wenn man die für das "Führerprinzip" der DGO typische Beschränkung der Rechte der Gemeinden dadurch, daß es gegen eine Versagung der Genehmigung kein Rechtsmittel gab, außer acht läßt.

einem "Ermessen" oder gar einem "gebundenen Ermessen"[1] sprechen, so meinen sie nichts anderes als das, was man heute als Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, eventuell mit einer Beurteilungsermächtigung, bezeichnet. Dies entspricht dem soeben für die übrigen Mittel der Kommunalaufsicht Festgestellten.

Als besonders deutliches Beispiel seien nur die Ausführungen von Walter Jellinek zum Ermessen bei der Bestätigung der Bürgermeisterwahl in seinem damals (1931) führenden Lehrbuch des Verwaltungsrechts[2] hervorgehoben:

> "(Hier)... hat sich die Prüfung der Staatsbehörde nicht auf die Rechtsfrage zu beschränken, sondern umfaßt auch die Zweckmäßigkeitsfrage in vollem Umfange. Die Aufsichtsbehörde kann also einer Bürgermeisterwahl die Bestätigung auch dann versagen, wenn sie den Gewählten für ungeeignet hält, nicht nur, wenn ihm die Wählbarkeit fehlt oder das Wahlverfahren an einer Gesetzesverletzung leidet."

Ob jemand für ein öffentliches Amt im Sinne einer Rechtsvorschrift "geeignet" oder "ungeeignet" ist, ist aber nach heutiger Auffassung keine Frage der Ermessensausübung, sondern der zutreffenden Subsumtion unter einen unbestimmten Rechtsbegriff[3]. Daß noch 1953 der baden-württembergische Verfassunggeber nicht erkannt hat, daß "geordnete Wirtschaftsführung"

---

1 Dazu Wolff/Bachof I, § 31 II b a.E.

2 Verwaltungsrecht, S. 534.

3 Vgl. etwa § 61 Abs. 3 S. 1 nsGO, wonach der Gemeindedirektor "die für sein Amt erforderliche Eignung, Befähigung und Sachkunde" besitzen muß.

ein unbestimmter Rechtsbegriff ist, wurde bereits dargelegt. Demgemäß kommt auch ein so entschiedener Befürworter einer Zweckmäßigkeitskontrolle wie Hofmann zu dem Ergebnis, daß der Streit um die Zulässigkeit von Ermessenserwägungen der Kommunalaufsichtsbehörde "durch die Entwicklung der Lehre von den unbestimmten Gesetzesbegriffen erheblich an Bedeutung verloren" habe[1].

Somit führt die Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung zu keinem anderen Ergebnis als die grammatisch-logische Auslegung des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG: Eine Zweckmäßigkeitskontrolle darf hinsichtlich der Angelegenheiten des eigenen Wirkungskreises auch nicht durch die aufsichtlichen Genehmigungsvorbehalte der Gemeindeordnungen erfolgen.

IV. Beschränkung auf eine Gesetzmäßigkeitskontrolle durch die Landesverfassungen?

Die Frage, ob sich auch schon aus den Bestimmungen in den Landesverfassungen, wonach die Kommunalaufsicht auf eine Gesetzmäßigkeitskontrolle beschränkt[2] ist, ergibt, daß auch bei den aufsichtlichen Genehmigungsvorbehalten eine Zweckmäßigkeitskontrolle unzulässig ist - der Verfasser möchte sie bejahen -, kann nach dem soeben gewonnenen Ergebnis dahinstehen[3].

---

1 Genehmigungsvorbehalt und Kommunalaufsicht, Schriften Speyer 19, S. 81, 85.

2 Vgl. die Nachweise S. 77 Fn. 5.

3 Vgl. die Belege für den Meinungsstand bei Müller, aaO., S. 170 ff.

Denn mit Rücksicht auf Art. 31 GG sind die Landesverfassungen in jedem Falle verfassungskonform, also im Einklang mit Art. 28 Abs. 2 GG, dahin auszulegen, daß der Begriff der Aufsicht auch die präventiven Aufsichtsmittel einschließt und deshalb auch die Genehmigungsvorbehalte nur einer Gesetzmäßigkeitskontrolle dienen dürfen.

§ 7 Die Genehmigung als Wirksamkeitsvoraussetzung

I. Die Genehmigung von Rechtsgeschäften

Nach allen Gemeindeordnungen ist die Wirksamkeit genehmigungspflichtiger Rechtsgeschäfte der Gemeinden durch die Erteilung der Genehmigung bedingt[1].

Zwischen dem Abschluß eines genehmigungsbedürftigen Vertrages und der Erteilung oder Versagung der Genehmigung ist der Vertrag schwebend unwirksam. Dies ist zwar in keiner Gemeindeordnung gesagt. Doch kann insoweit auf die für die Genehmigung nach den §§ 182 ff. BGB entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden, da das öffentliche Recht nicht entgegensteht[2].

Wird die Genehmigung erteilt, ist der Vertrag von Anfang an wirksam[3]. Wird sie versagt, wird der Vertrag gänzlich unwirksam, erzeugt also keinerlei Rechts-

---

1 Vgl. z.B. § 117 Abs. I, 1. Halbs. bawüGO; Art. 117 Abs. 2 bayGO.

2 Vgl. Palandt/Heinrichs, § 275 Anm. 9a m.w.N.

3 So ausdrücklich § 121 Abs. 1 S. 2 saarGO.

wirkungen mehr[1]; dasselbe ist mit "nichtig" in § 117 Abs. 1, 2. Halbs. bawüGO gemeint[2]. "Versagt" in diesem Sinne ist die Genehmigung aber erst mit Unanfechtbarkeit des ablehnenden Bescheides[3]. Anderenfalls scheiterte eine Klage auf Erteilung der Genehmigung schon daran, daß die negative Gestaltungswirkung bereits mit Bekanntgabe des Bescheides eingetreten wäre.

Rechtsgeschäfte, durch die Kreditsicherheiten gestellt werden sollen, sind nach allen Gemeindeordnungen[4] mit Ausnahme der bayerischen nichtig; dasselbe gilt in den meisten Bundesländern auch für die Bestellung von Sicherheiten zu Gunsten Dritter[5]. In den Ländern, in denen keine Nichtigkeit angeordnet ist, läßt diese sich auch nicht aus § 134 BGB herleiten, da die Gemeindeordnungen insoweit eine abschließende Regelung enthalten[6].

Nichtige Rechtsgeschäfte sind nicht genehmigungsfähig. Deshalb muß dort, wo die Gemeindeordnung bei

---

1 Vgl. Palandt/Heinrichs, aaO.

2 Surén, Gemeindewirtschaftsrecht, S. 908.

3 Vgl. BGH JZ 1972, S. 368 f. m.w.N.; Surén, aaO. Dies setzt auch § 133 Abs. 3 S. 2 nsGO voraus.

4 Vgl. z.B. § 104 Abs. 2 nwGO; § 118 Abs. 2 shGO.

5 Vgl. z.B. § 117 Abs. 2 bawüGO; § 134 Abs. 2 hessGO.

6 A.A. Surén, aaO., S. 911.

einem Verstoß gegen das Verbot Nichtigkeit vorsieht, die Zulassung einer Ausnahme durch die Aufsichtsbehörde vor Abschluß des Rechtsgeschäfts erfolgen[1].

II. Die Genehmigung von Satzungen

Bedarf eine gemeindliche Satzung der Genehmigung, so ist sie bis zu deren Erteilung unwirksam[2]. Das Genehmigungserfordernis schafft also ebenso wie bei Rechtsgeschäften nicht bloß eine interne Bindung der Gemeinde an die Zustimmung der Aufsichtsbehörde.

In dieser Untersuchung interessiert nur die Genehmigung der Haushaltssatzung hinsichtlich des Gesamtbetrags der im Vermögenshaushalt vorgesehenen Kreditaufnahmen und des Höchstbetrags der Kassenkredite. Es fragt sich hier, welche Auswirkungen ein Fehlen der Genehmigung auf den nicht genehmigungspflichtigen Rest der Haushaltssatzung hat.

Ist ein Teil einer Satzung rechtswidrig, so führt dies zur Nichtigkeit des gesamten Ortsgesetzes, wenn sich der ungültige Teil von dem fehlerfreien rechtlich nicht trennen läßt[3]. Dieser Grundsatz läßt sich

---

1 Vgl. das Urteil des OLG Köln v. 1.4.1964, Kottenberg/Rehn Rechtspr.-Slg. Nr. 1 zu § 104 nwGO, zur alten Fassung von § 104 nwGO, wonach Rechtsgeschäfte aller Art, die ohne die erforderliche Genehmigung der Aufsichtsbehörde geschlossen wurden, nichtig waren. Das Gericht hat hier mangels Genehmigungsfähigkeit nichtiger Rechtsgeschäfte die vorherige Zustimmung (Einwilligung) der Aufsichtsbehörde verlangt.

2 So ausdrücklich Art. 117 Abs. 2 bayGO; § 133 Abs. 1 nsGO.

3 Vgl. BVerwG DVBl. 1974, S. 295, 297 m.w.N. Die dogmatische Begründung dieses allgemein anerkannten Grundsatzes ist jedoch umstritten. Vgl. v. Mutius, Zur Teilnichtigkeit kommunaler Satzungen, VerwArch. 65 (1974), S. 91 ff. u. Nochmals: Zur Teilnichtigkeit kommunaler Satzungen, aaO., S. 319.

auch auf den Fall entsprechend anwenden, daß ein genehmigungspflichtiger Teil einer Satzung nicht genehmigt und daher unwirksam ist.

Fehlt die Genehmigung des Gesamtbetrags der im Vermögenshaushalt vorgesehenen Kreditaufnahme, so ist der Vermögenshaushalt nicht mehr ausgeglichen und daher rechtswidrig. Zwar heißt es in den Gemeindeordnungen, daß "der Haushaltsplan" auszugleichen ist bzw. "der Haushalt" ausgeglichen sein soll[1]. Doch unterscheiden die Gemeindeordnungen ebenso wie die Gemeindehaushaltsverordnungen im übrigen streng zwischen Verwaltungs- und Vermögenshaushalt[2]. Ein Fehlen der Genehmigung der Kreditermächtigung wirkt sich auf den Verwaltungshaushalt und die übrigen Festsetzungen der Haushaltssatzung nicht aus. Der Rest der Haushaltssatzung läßt sich also von dem fehlerhaften Vermögenshaushalt rechtlich trennen. Die Haushaltssatzung ist deshalb nicht insgesamt nichtig, sondern nur teilnichtig[3].

Fehlt die Genehmigung des Höchstbetrages der Kassenkredite, so läßt dies das Haushaltsgefüge völlig unberührt. Zudem kann die Gemeinde Kassenkredite bis zu der genehmigungsfreien Höchstgrenze aufnehmen. Die Haushaltssatzung ist deshalb bei fehlender Genehmigung des Höchstbetrages der Kassenkredite mit Ausnahme dieser Festsetzung wirksam[4].

---

1 Vgl. z.B. § 80 Abs. 2 S. 2 bawüGO; § 62 Abs. 3 nwGO.

2 Vgl. z.B. § 80 Abs. 2 S. 1 bawüGO; § 65 Abs. 2 S. 1 nwGO; § 1 aller GemHVOen.

3 Vgl. Borchert, Kommunalaufsicht und kommunaler Haushalt, S. 203. Zur Rechtslage nach dem Einzeldeckungsprinzip des a.o. Haushalts alten Rechts vgl. Wagener, Die Haushaltssatzung der Gemeinden, S. 208 f.

4 Vgl. Borchert, aaO.

3. Abschnitt

Die Voraussetzungen der Erteilung der einzelnen Genehmigungen zur Kreditaufnahme der Gemeinde.

Ausgehend von den im vorigen Kapitel gewonnenen Ergebnissen ist nun zu untersuchen, von welchen rechtlichen Voraussetzungen die verschiedenen aufsichtsbehördlichen Genehmigungen im Zusammenhang mit der Aufnahme von Krediten und Kassenkrediten nach den Gmeindeordnungen abhängen.

§ 8 Die Genehmigung der Haushaltssatzung hinsichtlich des Gesamtbetrags der im Vermögenshaushalt vorgesehenen Kreditaufnahmen

Nach allen Gemeindeordnungen bedarf der Gesamtbetrag der im Vermögenshaushalt vorgesehenen Kreditaufnahmen der Genehmigung der Aufsichtsbehörde[1]. Da die einzelne Kreditaufnahme im Regelfall nicht mehr genehmigungspflichtig ist, kommt der Gesamtbetragsgenehmigung gegenüber dem bis zur Haushaltsreform geltenden Recht erhöhte Bedeutung als präventives Aufsichtsmittel zu. Deshalb muß die Aufsichtsbehörde das Vorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen noch sorgfältiger als nach altem Recht prüfen.

---

1 § 87 Abs. 2 S. 1 bawüGO; Art. 71 Abs. 2 S. 1 bayGO; § 103 Abs. 2 S. 1 hessGO; § 92 Abs. 2 S. 1 nsGO; § 72 Abs. 2 S. 1 nwGO; § 103 Abs. 2 S. 1 rhpfGO; § 85 Abs. 2 S. 1 shGO. Die geringfügigen Abweichungen von der Formulierung des E-GO sind unstreitig rein sprachlich motiviert.

I. Die "geordnete Haushaltswirtschaft" als Genehmigungskriterium

In § 11 Abs. 2 S. 2 und 3 des Musterentwurfs zum VI. Teil der Gemeindeordnung[1] heißt es:

> " Die Genehmigung soll unter dem Gesichtspunkt einer geordneten Haushaltswirtschaft erteilt oder versagt werden; sie kann unter Bedingungen und Auflagen erteilt werden. Sie ist in der Regel zu versagen, wenn die Kreditverpflichtungen mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde nicht im Einklang stehen."

Diese beiden Sätze haben die Gemeindeordnungen von Baden-Württemberg, Bayern, Nordrhein-Westfalen und die des Saarlandes unverändert übernommen[2].

In Hessen, Niedersachsen und Schleswig-Holstein "soll" die Gesamtbetragsgenehmigung "nach den Grundsätzen" einer geordneten Haushaltswirtschaft erteilt oder versagt werden[3]. Während § 92 Abs. 2 nsGO und § 85 Abs. 2 shGO im übrigen dem Text des Musterentwurfs folgen, heißt es in § 103 Abs. 2 S. 3 hessGO[4] weiter:

---

1 Abgedruckt bei Depiereux, Das neue Haushaltsrecht der Gemeinden, S. 225 ff.

2 § 87 Abs. 2 S. 2, 3 bawüGO - mit einer rein sprachlichen Abweichung hinsichtlich der Bedingungen und Auflagen in S. 2, 2. Halbs. -; Art. 71 Abs. 2 S. 2, 3 bayGO; § 72 Abs. 2, S. 2, 3 nwGO; § 90 Abs. 2 S. 2, 3 saarGO.

3 § 103 Abs. 2 S. 2, 1. Halbs. hessGO; § 92 Abs. 2 S. 2, 1. Halbs. nsGO; § 85 Abs. 2 S. 2, 1. Halbs. shGO.

4 Der 2. Halbs. v. § 103 Abs. 2 S. 1 hessGO enthält dieselbe rein sprachliche Abweichung vom E-GO wie § 87 Abs. 2 S. 2, 2. Halbs. bawüGO.

" Die Genehmigung ist in der Regel zu versagen, wenn festgestellt wird, daß die Kreditverpflichtungen nicht mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde im Einklang stehen."

Dagegen lautet § 103 Abs. 2 S. 2, 1. Halbs. rhpfGO:

"Die Aufsichtsbehörde hat die vorgesehene Kreditaufnahme unter dem Gesichtspunkt einer geordneten Haushaltswirtschaft zu überprüfen;"

- aus dem "soll... erteilt oder versagt werden" des § 11 Abs. 2 S. 2, 1. Halbs. des Musterentwurfs ist also ein "hat... zu überprüfen" geworden - und Satz 3:

"Sie (sc. die Gesamtbetragsgenehmigung) ist zu versagen, wenn die Kreditverpflichtungen mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde nicht im Einklang stehen."

Hier fehlen also die einschränkenden Worte "in der Regel".

Somit stellen im Anschluß an den Musterentwurf sämtliche Gemeindeordnungen auf die Vereinbarkeit des in der Haushaltssatzung festgesetzten Gesamtbetrags der Kreditaufnahmen mit einer geordneten Haushaltswirtschaft ab und heben zusätzlich als regelmäßigen - in Rheinland-Pfalz: ausnahmslosen - Versagungsgrund fehlende Vereinbarkeit mit der "dauernden Leistungsfähigkeit" hervor.

II. Die Elemente einer "geordneten Haushaltswirtschaft"

Wann nun der Gesamtbetrag der Kreditaufnahmen einer geordneten Haushaltswirtschaft entspricht, sagt das Gesetz nicht ausdrücklich. Jedoch stellen die Gemeindeordnungen verschiedene allgemeine Grundsätze

auf[1], die für die gesamte Führung der Haushaltswirtschaft und damit auch für die Schuldenwirtschaft gelten[2]. Zudem ist speziell für die Kreditaufnahme vorgeschrieben, daß sie nur im Vermögenshaushalt und nur für Investitionen, Investitionsförderungsmaßnahmen sowie zur Umschuldung erfolgen darf[3] und auch nur dann, wenn eine andere Finanzierung nicht möglich ist oder "wirtschaftlich unzweckmäßig" wäre[4]. Mit der Reform des Rechts der gemeindlichen Haushaltswirtschaft sollte ersichtlich eine abschließende Regelung getroffen werden. Deshalb ist davon auszugehen, daß die Landesgesetzgeber die Haushaltswirtschaft einer Gemeinde hinsichtlich des Gesamtbetrags der im Vermögenshaushalt veranschlagten Kredite dann für "geordnet" hielten, wenn sie im Einklang mit den haushaltsrechtlichen Grundsätzen der Gemeindeordnungen stehen, soweit sie für die Kreditaufnahme relevant

---

1 § 77 bawüGO; Art. 61 bayGO; § 92 hessGO; § 82 nsGO; § 62 nwGO; § 93 rhpfGO; § 80 saarGO; § 75 shGO.

2 Vgl. Masson/Samper, Art. 61 bayGO Anm. 1; Lüersen/Neuffer, § 82 Anm. 2

3 § 87 Abs. 1 bawüGO; Art. 71 Abs. 1 bayGO; § 103 Abs. 1 hessGO; § 92 Abs. 1 nsGO; § 72 Abs. 1 nwGO; § 103 Abs. 1 rhpfGO; § 90 Abs. 1 saarGO; § 85 Abs. 1 shGO.

4 § 78 Abs. 3 bawüGO; Art. 62 Abs. 3 bayGO; § 93 Abs. 3 hessGO; § 83 Abs. 3 nsGO; § 63 Abs. 3 nwGO; § 94 Abs. 3 rhpfGO; § 81 Abs. 3 saarGO; § 76 Abs. 3 shGO.

sind[1].

1. Fähigkeit zur stetigen Aufgabenerfüllung - dauernde Leistungsfähigkeit

a) Zum Begriff

Der Abschnitt "Haushaltswirtschaft" der Gemeindeordnungen beginnt mit der Verpflichtung der Gemeinde, ihre Haushaltswirtschaft "so zu planen und zu führen, daß die stetige Erfüllung ihrer Aufgaben gesichert ist"[2]. Daraus folgt, daß die veranschlagte Kredit-

---

1 Im Ergebnis ebenso Kunze/Bronner/Rehm, § 87 Anm. II 5; Lüersen/Neuffer, § 92 Anm. 2; Scheel/Steup, § 72 nwGO Anm. II 2; Ziff. 3.11 VV zu § 103 rhpfGO (RdSchr. des rhpfMdI v. 20.1.1975 MinBl. Sp. 114, abgedruckt auch bei Hofmann/Beth/Dreibus zu § 103 rhpfGO); Ziff. 3.1 des RdErl. des nwIM v. 14.1.1974 (MBl. S. 154, abgedruckt auch bei Kottenberg/Rehn zu § 72 nwGO). Zu eng Depiereux, Das neue Haushaltsrecht der Gemeinden, S. 95 und Masson/Samper, Art. 71 bayGO Anm. 6, die anscheinend nur auf die Tragbarkeit der Belastung aus der Kreditaufnahme für die Gemeinde abstellen. Diese können sich allerdings auf die amtlichen Begründungen (z.B. zu § 72 Abs. 2 nwGO in der LT-Drucks. 7/1143) berufen, wonach "Kriterium für die Genehmigung des Gesamtbetrags der Kreditaufnahme... die Tragbarkeit der Belastung aus den Krediten" ist. Die Begründung ist jedoch offensichtlich unvollständig: Wenn es dem Gesetzgeber nur auf die finanzielle Belastbarkeit der Gemeinden, nicht auch auf die anderen relevanten Haushaltsgrundsätze angekommen wäre, hätte er dies im Gesetzestext zum Ausdruck gebracht und nicht den vielschichtigeren Begriff der "geordneten Haushaltswirtschaft" gewählt.

2 Jeweils Abs. 1 von § 77 bawüGO; Art. 61 bayGO; § 92 hessGO; § 82 nsGO; § 62 nwGO; § 93 rhpfGO; § 80 saarGO; § 75 shGO.

aufnahme dann nicht mehr mit einer "geordneten" Haushaltswirtschaft vereinbar ist, wenn der Zins- und Tilgungsaufwand aus der Verschuldung insgesamt so hoch ist, daß der Gemeinde die für die Erfüllung ihrer sonstigen Aufgaben erforderlichen Mittel fehlen. Dementsprechend schreiben die Gemeindeordnungen vor, daß die Genehmigung "in der Regel" bzw. - in Rheinland-Pfalz - ausnahmslos zu versagen ist, wenn die Kreditverpflichtungen mit der "dauernden Leistungsfähigkeit" der Gemeinde nicht im Einklang stehen[1]. "Dauernde Leistungsfähigkeit" ist - was in der Literatur nicht immer genügend klar zum Ausdruck gebracht wird - nur ein anderes Wort für "Fähigkeit zur stetigen Aufgabenerfüllung". Die "dauernde Leistungsfähigkeit" ist mithin kein selbständiges Kriterium der Gesamtbetragsgenehmigung, sondern nur ein Unterpunkt der "geordneten Haushaltswirtschaft". Deshalb ist es unrichtig - wie es im Schrifttum bisweilen geschieht[2] - diese beiden Begriffe nebeneinander zu stellen. Ebenso falsch ist es, sie gleichzusetzen, wie andere Autoren es tun[3].

b) Der Inhalt der Verpflichtung - Beachtung der "Schuldendienstgrenze"

Soll zum Ausdruck gebracht werden, daß die Kreditaufnahme mit der Verpflichtung der Gemeinde zur Sicherung

---

1 S.o. S. 105.

2 Z.B. bei Hofmann/Beth/Dreibus, § 103 rhpfGO Anm. 3.

3 Z.B. Depiereux, aaO.; Masson/Samper, aaO.

ihrer dauernden Leistungsfähigkeit nicht mehr vereinbar sei, wird zumeist von einem Überschreiten der "Verschuldungsgrenze" oder "Schuldengrenze" gesprochen. Da für die Belastung der Gemeinde letztlich entscheidend nicht die Höhe der Verschuldung, sondern die Höhe des Schuldendienstes ist, ist der seltener verwendete Ausdruck "Schuldendienstgrenze" korrekter[1].

Bei dem Versuch, brauchbare Kriterien für die Schuldendienstgrenze aufzustellen, messen insbesondere Kunze/Bronner/Rehm mit Recht der Höhe des Überschusses des Verwaltungshaushalts, der nach der GemHVO dem Vermögenshaushalt zuzuführen ist, besondere Bedeutung bei[2]. Denn soweit nicht Einnahmen aus der Veränderung des Anlagevermögens, Entnahmen aus Rücklagen sowie Zuweisungen und Zuschüsse für Investitionen und Investitionsförderungsmaßnahmen, Beiträge und ähnliche Entgelte zur Verfügung stehen, muß die Zuführung vom Verwaltungs- zum Vermögenshaushalt mindestens so hoch sein, daß damit die Kreditbeschaffungskosten und die ordentliche Tilgung von Krediten gedeckt werden können[3]. Insoweit handelt es sich sogar um eine gesetzliche Schuldendienstgrenze. Diese wird jedoch kaum jemals praktische Bedeutung haben, da es nicht denkbar erscheint, daß eine Gemeinde der Aufsichtsbehörde einen Haushaltsplan vorlegen wird,

---

1 Vgl. Pagenkopf, Kommunalrecht II, S. 140; Giere, Kommunales Schuldenwesen, HdBKWP III, S. 187, 215 f. Zur Terminologie insgesamt vgl. Schreml/Dietl, Die Berechnung der gemeindlichen Schuldengrenze, S. 10; Kunze/Bronner/Rehm § 87 Anm. 8

2 AaO.

3 Jeweils § 22 Abs. 1 S. 2 der GemHVOen; in SH § 21 Abs. 1 S. 2 GemHVO.

in dem die Zuführung aus dem Verwaltungshaushalt und die erwähnten Einnahmen des Vermögenshaushalts nicht zusammen wenigstens die Kreditbeschaffungskosten und die ordentliche Tilgung decken. Gleichwohl ist aber der Überschuß des Verwaltungshaushalts, in Beziehung zum gesamten Aufwand für Kreditbeschaffung, Verzinsung und Tilgung gesetzt, ein wichtiges Kriterium für die Leistungsfähigkeit der Gemeinde; nur kann man mit ihm allein - von dem soeben erwähnten Sonderfall abgesehen - keine absolute Schuldendienstgrenze ziehen.

Im übrigen Schrifttum[1] zur gemeindlichen Schuldendienstgrenze und in der bisherigen Praxis[2] werden als Kriterien auch der Schuldendienst je Einwohner, der Schuldendienst bezogen auf bestimmte Einnahmegruppen, insbesondere Steuern und allgemeine Finanzzuweisungen, sowie das Verhältnis von Vermögen und Schulden genannt. Eine abschließende Stellungnahme hierzu ist dem Nichtökonomen nicht möglich. Dementsprechend wird auch das Verwaltungsgericht einen Rechtsstreit wegen Erteilung der Gesamtbetragsgenehmigung, deren Versagung auf ein Überschreiten der Schuldendienstgrenze gestützt war, in aller Regel nicht ohne Einholung des Sachverständigengutachtens eines Wirtschaftswissenschaftlers entscheiden können.

---

1 Insbesondere bei Zeitel, Eigentümlichkeiten und Grenzen der Kommunalverschuldung, S. 76 ff.; Gloth, Die Entwicklung des Kommunalkredits, S. 60 ff.; Winkler, Aufgaben und Grenzen der gemeindlichen Kreditaufnahme, S. 42 ff.

2 Vgl. die Übersicht bei Schreml/Dietl, aaO., S. 65 ff.

Im Ergebnis besteht jedenfalls im juristischen Schrifttum[1] Einigkeit, daß es zwar bestimmte gewichtige Kriterien gibt, an Hand derer zu prüfen ist, ob die vorgesehene Kreditaufnahme sich in den Grenzen der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde hält, daß es aber eine allgemein gültige Schuldendienstgrenze nicht gibt. Es muß deshalb stets an Hand des konkreten Falles geprüft werden, ob die Belastung aus der Verschuldung der Gemeinde unter Berücksichtigung sämtlicher Einnahmen des Vermögenshaushaltes, insbesondere auch der bewilligten oder zu erwartenden Zuschüsse aller Art und aus der Veränderung des Anlagevermögens durch Veräußerung von Grundstücken über dem Buchwert, noch vertretbar erscheint. Im Streitfall werden Aufsichtsbehörde und Gericht in der Regel nur feststellen können, d a ß die Verschuldungsgrenze überschritten ist, nicht aber w o g e n a u .

In Rheinland-Pfalz haben die Aufsichtsbehörden nunmehr aufgrund eines vom Innenminister durch Runderlaß vorgeschriebenen Musters für die Ermittlung einer "freien Finanzspitze" der Gemeinden zu entscheiden[2]. Ist eine solche freie Spitze nicht vorhanden oder reicht sie jedenfalls zur Deckung des bei der vorgesehenen Kreditaufnahme neu hinzukommenden Schuldendienstes nicht aus, so ist die Genehmigung zu versagen, wenn nicht bestimmte Ausnahmetatbestände vorliegen. Die freie Finanzspitze stellt

---

1 z.B. Pagenkopf, Kommunalrecht II, S. 141; Kunze/Bronner/Rehm, aaO.; Scheel/Steup, § 72 nwGO Anm. II 2; Borchert, Kommunalaufsicht und kommunaler Haushalt, S. 182 m.w.N.

2 RdSchr. v. 20.1.1975 (MinBl. Sp. 114) Ziff. 3.111 und Anlage.

sich als Differenz zwischen den "laufenden Einnahmen" und den "laufenden Ausgaben" dar. Die laufenden Einnahmen errechnen sich als die Summe aus den Gesamteinnahmen des Verwaltungshaushalts, den Rückflüssen von Darlehen und den Zuweisungen für Tilgungen abzüglich der Zuführung zum Vermögenshaushalt und der Bedarfszuweisungen. Die "laufenden Ausgaben" ergeben sich aus der Summe aus Gesamtausgaben des Verwaltungshaushalts, ordentlicher Tilgung, Kreditbeschaffungskosten, Krankenhausumlage - nur bei kreisfreien Städten - und Zuweisungen für Tilgungen abzüglich der Zuführung zum Vermögenshaushalt und der Deckung von Fehlbeträgen aus Vorjahren des Verwaltungshaushalts.

Dieses Muster zeigt im gedanklichen Ansatz eine gewisse Ähnlichkeit mit der vom Bayerischen Prüfungsverband öffentlicher Kassen entwickelten Methode zur Ermittlung der Schuldendienstgrenze[1]. Dort wird unter Geltung des alten Haushaltsrechts eine "Normalrechnung" der "fortdauernden" Einnahmen und Ausgaben durchgeführt. Der Einnahmeüberschuß ist die Grenze des tragbaren Schuldendienstes.

Wenn auch eine erschöpfende Stellungnahme zum Problem der "Verschuldungsgrenze" den Ökonomen vorbehalten bleiben muß, kann hierzu doch gesagt werden, daß Berechnungsmethoden, die nur auf einen - wie auch immer ermittelten - Einnahmeüberschuß abstellen und die Vermögenslage der Gemeinde gänzlich außer acht lassen, Anspruch auf allgemeine Anerkennung nicht erheben können.

---

1 Mitgeteilt bei Schreml/Dietl, aaO., S. 22 ff.

2. Beachtung der Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts

In allen Gemeindeordnungen folgt der Verpflichtung der Gemeinde zur Sicherung ihrer dauernden Leistungsfähigkeit der Satz, daß hierbei "den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen" sei[1]. Für Baden-Württemberg enthält § 77 Abs. 1 S. 2 bawüGO das einschränkende Wort "grundsätzlich".

a) Zum Begriff

Der Begriff der "Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts" ist in den Gemeindeordnungen und in den Gemeindehaushaltsverordnungen nicht definiert. Die Gemeindeordnungen lehnen sich hier jedoch an § 16 Abs. 1 StWG an, wonach die Gemeinden und die Gemeindeverbände "bei ihrer Haushaltswirtschaft den Zielen des § 1 (sc. StWG) Rechnung zu tragen" haben. Mit dieser gesamtwirtschaftlichen Inpflichtnahme der Gemeinden durch die Gemeindeordnungen suchen die Länder den Auftrag des § 16 Abs. 2 StWG "darauf hinzuwirken, daß die Haushaltswirtschaft der Gemeinden und Gemeindeverbände den konjunkturpolitischen Erfordernissen entspricht", zu erfüllen. Aus diesem Zusammenhang mit § 16 Abs. 1 u. 2 StWG ergibt sich, daß unter den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts in den Gemeindeordnungen die Ziele des § 1 StWG zu verstehen sind[2]: Stabilität des Preisniveaus,

---

1 § 77 Abs. 1 S. 2 bawüGO; Art. 61 Abs. 1 S. 2 bayGO; § 92 Abs. 1 S. 2 hessGO; § 82 Abs. 1 S. 2 nsGO; § 62 Abs. 1 S. 2 nwGO; § 93 Abs. 1 S. 2 rhpfGO; § 80 Abs. 1 S. 2 saarGO; § 75 Abs. 1 S. 2 shGO.

2 Kunze/Bronner/Rehm, § 77 Anm. I 8.

hoher Beschäftigungsgrad, außenwirtschaftliches Gleichgewicht, stetiges und angemessenes Wirtschaftswachstum.

b) Geltung dieses Grundsatzes auch für die Kreditaufnahme?

Daß es sich bei der Inpflichtnahme auf die Beachtung der Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts um eine echte Verpflichtung der Gemeinden, nicht nur um einen unverbindlichen "Programmsatz" handelt, ist schon mit Rücksicht auf § 16 Abs. 1 StWG nicht umstritten[1]. Auch wird aus der Formulierung in den Gemeindeordnungen, daß die Gemeinde die Haushaltswirtschaft so zu planen und zu führen "hat", daß die stetige Aufgabenerfüllung gesichert ist und "dabei" den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts "Rechnung zu tragen" ist, allgemein gefolgert, daß im Konfliktfall erstere Verpflichtung vorgeht[2]. Fraglich ist nur, ob die Berücksichtigung der konjunkturpolitischen Erfordernisse auch zu den Grundsätzen einer "geordneten Haushaltswirtschaft" gehört, deren Beachtung der Gesetzgeber durch den präventiv-aufsichtlichen Genehmigungsvorbehalt für den Gesamtbetrag der vorgesehenen Kreditaufnahme sicherstellen wollte.

---

1 Vgl. Depiereux, aaO., S. 26 f.; Lüersen/Neuffer, § 82 Anm. 3; Masson/Samper, Art. 61 bayGO Anm. 2; Kunze/Bronner/Rehm, § 77 Anm. I 7.

2 Scheel/Steup, § 62 nwGO Anm. II 1; Rauball/Rauball, § 62 Anm. 2; Depiereux, aaO., S. 29 f.

Daß die Kreditaufnahmen der Gemeinden die Ziele des § 1 StWG berühren können, liegt auf der Hand. Deshalb hat schon der Bundesgesetzgeber in den §§ 19 ff. StWG eine gesetzliche Handhabe zur Begrenzung der gemeindlichen Neuverschuldung geschaffen. Da die Rücksichtnahme auf die Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts ein echter Haushaltsgrundsatz ist und die Haushaltswirtschaft der Gemeinde dann als "geordnet" anzusehen ist, wenn alle für die Kreditaufnahme relevanten Haushaltsgrundsätze der Gemeindeordnungen beachtet sind, könnte es konsequent erscheinen, den Gesamtbetrag der vorgesehenen Kreditaufnahme auch unter gesamtwirtschaftlichen Aspekten zu prüfen. Demgemäß kommen Scheel/Steup zu dem Schluß, daß die Aufsichtsbehörde die Gesamtbetragsgenehmigung auch deshalb versagen dürfe, weil die vorgesehene Kreditaufnahme den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts widerspricht[1]. Kunze/Bronner/Rehm halten eine Versagung nur bei einem "eklatanten Fall konjunkturpolitischen Fehlverhaltens..., der unter keinem vernünftigen

---

1 § 72 nwGO Anm. II 2; ihnen folgend Borchert, aaO., S. 192. Scheel/Steup weisen allerdings selbst darauf hin, daß es schon rein tatsächlich sehr schwer ist, zu entscheiden, ob der Gesamtbetrag der Kredite eines einzelnen kommunalen Haushalts von Umfang und Bedeutung her geeignet ist, das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht zu stören. Die Schwierigkeit werde aber durch die Bekanntgabe von Empfehlungen des Konjunkturrats, von Grundannahmen des Finanzplanungsrats und von Orientierungsdaten des Landesinnenministers verringert.

Gesichtspunkt vertretbar ist", für zulässig[1]. Eine generelle Berücksichtigung gesamtwirtschaftlicher Erwägungen durch die Aufsichtsbehörde mit der Folge einer konjunkturpolitisch motivierten Kreditkontingentierung bei einzelnen Gemeinden halten sie dagegen für unvereinbar mit der Selbstverwaltungsgarantie[2].

Gegen die Zulässigkeit gesamtwirtschaftlicher Erwägungen bei der Entscheidung über die Erteilung der Gesamtbetragsgenehmigung spricht jedoch zunächst, daß die Kreditaufnahme der Gemeinden zwar für die Erreichung der Ziele des § 1 StWG von Bedeutung ist, das Schwergewicht der konjunkturpolitischen Relevanz der öffentlichen Haushaltswirtschaft jedoch bei den Investitionen liegt. Wenn der Bundesgesetzgeber der Bundesregierung die Möglichkeit gibt, aufgrund der §§ 19 ff. StWG auf die Kreditaufnahme der öffentlichen Haushalte einzuwirken, kann er damit auch einen Schutz des Kapitalmarkts vor einem übermäßigen Ansteigen des Zinsniveaus durch zu große Kreditaufnahme bezwecken, soweit § 795 BGB dafür nicht ausreicht[3]. In erster Linie dient das Instrumentarium der §§ 19 ff. StWG aber einer Eindämmung des Investitionsvolumens der öffentlichen Hand, das mit Krediten finanziert

---

1 § 87 Anm. II 9.

2 AaO.

3 Vgl. dazu Bettermann, Verfassungswidriger Emissionsstop, BB 1969, S. 699, 671.

werden kann[1]. Nach den Gemeindeordnungen bedürfen nun gerade nicht die unmittelbar konjunkturpolitisch relevanten Investitionsprogramme der Gemeinden der aufsichtsbehördlichen Genehmigung, sondern nur die Kreditermächtigungen. Bei Gemeinden, die ihre Investitionsprogramme etwa wegen der Veräußerung von Teilen des Anlagevermögens ohne Kreditaufnahme durchführen können - was selten sein wird, aber immerhin denkbar ist -, ist demgemäß eine präventive Kontrolle ihrer Haushaltswirtschaft unter gesamtwirtschaftlichen Aspekten nicht möglich. Hätte der Gesetzgeber das besonders scharfe Aufsichtsmittel des präventiven Genehmigungsvorbehalts zur Durchsetzung der Verpflichtung, die Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts bei der Haushaltswirtschaft der Gemeinden zu beachten, verwenden wollen , so hätte er die Haushaltssatzung auch hinsichtlich des Gesamtbetrags der Investitionen einer Genehmigungspflicht unterworfen.

Des weiteren folgen nach der Systematik der Gemeindeordnungen auf den Genehmigungsvorbehalt hinsichtlich der Kreditermächtigung, bei dem als Kriterium nur die "geordnete Haushaltswirtschaft" angegeben ist,

---

1 Vgl. die amtl. Begr. zum StWG (BR-Drucks. 316/66), S. 14: "Die mangelnde Zinsempfindlichkeit der öffentlichen Hand führt dazu, daß die öffentlichen Haushalte auch in Zeiten einer restriktiven Notenbankpolitik unbeeinflußt an ihren Investitionsplänen festhalten und selbst um den Preis ungewöhnlich hoher Zinsen entschlossen sind, ihren Kreditbedarf voll zu decken." Siehe dazu Stern/Münch/Hansmeyer vor § 19 Bem. 2.

jeweils für Ausnahmesituationen die beiden[1] ausdrücklich gesamtwirtschaftlich motivierten Genehmigungsvorbehalte für die einzelnen Kreditaufnahmen. Das spricht dafür, daß der Gesetzgeber mit letzteren eine abschließende Regelung hinsichtlich der Einwirkungsmöglichkeiten auf die kommunale Schuldenwirtschaft aus gesamtwirtschaftlicher Sicht durch Genehmigungsvorbehalte schaffen wollte; sonst hätte er eine konjunkturpolitische Zielsetzung der Gesamtbetragsgenehmigung im Wortlaut des Gesetzes wenigstens angedeutet[2].

Schließlich wurde in der geschichtlichen Entwicklung der Genehmigungsvorbehalt hinsichtlich des Gesamtbetrags der vorgesehenen Kreditaufnahme nur als Mittel zum Schutz der Gemeinden vor Überschuldung als Korrelat zum Verbot der Bestellung von Sicherheiten zu Gunsten der Kreditgeber und auch als Sicherung des Staates vor einer - juristisch oder politisch begründeten - Eintrittspflicht zu Gunsten einer zahlungsunfähigen Gemeinde verstanden[3]. Bei der Einzelgenehmigung nach altem Recht stand dagegen das gesamtwirtschaftliche Interesse an der Pflege des Kapitalmarktes im Vordergrund[4]. Mit der grundsätzlichen

---

1 In BaWü nur ein Genehmigungsvorbehalt, da hier die weitere Möglichkeit, eine Einzelgenehmigungspflicht durch Landesverordnung einzuführen, fehlt.

2 Vgl. Lüersen/Neuffer, § 92 Anm. 1

3 Vgl. Surén, Gemeindewirtschaftsrecht, S. 315 ff.

4 Vgl. Wolff II, 3. Aufl., § 86 IX b 1

Abschaffung der Einzelgenehmigung ist den Aufsichtsbehörden die Möglichkeit zu einer laufenden Kontrolle der gemeindlichen Kreditaufnahmen auf ihre gesamtwirtschaftliche Unbedenklichkeit genommen worden. Dieser Verzicht auf die allgemeine Einzelgenehmigungspflicht ist aber allgemein nur mit Gesichtspunkten der Verwaltungsvereinfachung begründet worden[1], nicht etwa damit, daß nunmehr nach dem Willen des Gesetzgebers die Gesamtbetragsgenehmigung eine Kontrolle unter gesamtwirtschaftlichen Aspekten ermögliche.

Aus diesen Gründen ist der Ansicht von Scheel/Steup und Kunze/Bronner/Rehm nicht beizutreten. Es ist vielmehr festzuhalten, daß zu den Grundsätzen einer geordneten Haushaltswirtschaft, unter denen die Aufsichtsbehörde die vorgesehene Kreditermächtigung zu prüfen hat, nicht die Beachtung der "Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts" gehört[2].

Aus diesem Ergebnis folgt auch die Lösung des weiteren Problems, ob nach Erlass einer Verordnung aufgrund von § 19 StWG eine Einschränkung[3] der Gesamtbetrags-

---

1 S. oben S. 46.

2 Im Ergebnis ebenso Depiereux, Gemeindehaushalt und Konjunkturpolitik, GemH 1974, S. 5, 6 f.; Lüersen/Neuffer, aaO.; Hofmann/Beth/Dreibus, § 103 rhpfGO, Anm. 3; Kottenberg/Rehn, § 72 Anm. III 1; wohl auch Masson/Samper, Art. 71 bayGO, Anm. 6

3 Der etwas unscharfe Ausdruck "eingeschränkt" wird hier bewußt gewählt. Das Problem, ob die Aufsichtsbehörde bei Mißbilligung des vorgesehenen Gesamtbetrags der Kreditaufnahme die Genehmigung nur für einen Teilbetrag oder nur mit einer entsprechenden Maßgabe erteilen kann, oder sie uneingeschränkt versagen muß, wird unten näher zu erörtern sein.

genehmigung auf den Betrag der nach der Verordnung zulässigen Kreditaufnahme zulässig oder gar geboten ist: Da bei der Genehmigung nur auf die Verhältnisse der einzelnen Gemeinde abzustellen ist und gesamtwirtschaftliche Erwägungen unstatthaft sind, haben die Beschränkungen aus der "Schuldendeckelverordnung" außer Betracht zu bleiben. Die Kreditermächtigung ist deshalb uneingeschränkt zu genehmigen[1]. Die Gemeinde kann sie bis zu dem in der Verordnung vorgesehenen Höchstbetrag ausnutzen[2]. Alsdann kann sie sich um eine Erhöhung ihres Kreditkontingents nach § 20 Abs. 2 S. 3 oder § 21 StWG bis zur Höhe der Kreditermächtigung bemühen[3]. Hätte die Gesamtbetragsgenehmigung auf den allgemeinen Höchstbetrag nach § 20 Abs. 1 u. 2 StWG beschränkt werden müssen, so wäre zur Ausnutzung von nach § 20 Abs. 2 S. 3 oder § 21 StWG zugewiesenen Kreditaufnahmemöglichkeiten erst das umständliche Verfahren des Erlasses einer Nachtragssatzung zur Erhöhung der Kreditermächtigung erforderlich gewesen. Die hier vertretene Ansicht entspricht daher auch den Erfordernissen der Praxis.

---

1 Depiereux, Gemeindehaushalt und Konjunkturpolitik, GemH 1974, S. 5, 7; Kunze/Bronner/Rehm, § 87 Anm. II 4. A.A. Borchert, aaO., S. 192 f.

2 Der Kämmerer wird allerdings gut daran tun, an geeigneter Stelle (z.B. im Vorbericht des Haushaltsplans nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 der jeweiligen GemHVO) darauf hinzuweisen, daß die vorgesehene Kreditermächtigung wegen der VO nach § 19 StWG voraussichtlich nicht voll ausgeschöpft werden kann und schon deshalb bei der Inangriffnahme von Investitionsvorhaben Prioritäten gesetzt werden müssen.

3 Näheres dazu unten § 11.

3. Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit

Sämtliche Gemeindeordnungen enthalten als nächsten allgemeinen Haushaltsgrundsatz eine ausdrückliche Verpflichtung der Gemeinden zu "sparsamer" und "wirtschaftlicher" Haushaltsführung[1]. Es handelt sich hier um zwei selbständige Verpflichtungen, die sich jedoch in der Regel überschneiden. Deshalb werden sie in den Gemeindeordnungen in einem Atemzuge genannt und im Schrifttum zumeist gemeinsam behandelt.

Sparsam ist die Haushaltswirtschaft nach herkömmlichem Verständnis dann, wenn überflüssige Ausgaben vermieden werden[2] oder für eine notwendige Maßnahme möglichst wenig ausgegeben wird[3]. Aus letzterem folgt die für die Kreditaufnahme allerdings selbstverständliche Verpflichtung, die Kosten für Kreditbeschaffung und -verzinsung so niedrig wie möglich zu halten.

Wirtschaftlichkeit bedeutet, eine gegebene Aufgabe mit günstigstem Einsatz von Mitteln zu lösen oder mit vorhandenen Mitteln einen optimalen Erfolg zu erzielen[4]. Ersteres ist für die Kreditaufnahme relevant: Die Verpflichtung zur wirtschaftlichen Haushaltsführung gebietet es, eine notwendige Investition mit dem

---

1 Jeweils Abs. 2 von § 77 bawüGO; Art. 61 bayGO; § 92 hessGO; § 82 nsGO; § 62 nwGO; § 93 rhpfGO; § 90 saarGO; § 75 shGO.

2 Masson/Samper, Art. 61 bayGO Anm. 5.

3 Depiereux, Das neue Haushaltsrecht der Gemeinden, S. 30.

4 So besonders deutlich Rauball/Rauball, § 62 Anm. 3.

geringstmöglichen Aufwand zu finanzieren. Die Aufnahme eines Kredits kann wirtschaftlicher sein als die Auflösung von höher verzinslich angelegten Rücklagen. Hierbei ist jedoch der noch unten zu behandelnde Grundsatz der Subsidiarität der Kreditaufnahme zu beachten, mit dem sich ein Konflikt ergeben kann.

4. Ausgeglichenheit des Haushaltsplans

Das Gebot, den Haushaltsplan[1] auszugleichen, welches die Gemeindeordnungen teils uneingeschränkt[2], teils als Sollvorschrift[3] aufstellen, dient zugleich als Anlaß und Rechtfertigung für die Aufnahme von Krediten. Soweit im Einzelfall der Ausgleich des Haushaltsplans nur durch eine Neuverschuldung zu erreichen ist, die die dauernde Leistungsfähigkeit der Gemeinde übersteigt, ist zu prüfen, ob die Gesamtbetragsgenehmigung ausnahmsweise dennoch erteilt werden kann[4]. Da das Verbot, Kredite zu anderen Zwecken

---

1 Die Mehrzahl der Gemeindeordnungen fordert sogar den Ausgleich des "Haushalts", also auch der Haushaltsrechnung, die aber bei der Genehmigung der Kreditermächtigung nicht interessiert. Vgl. Kottenberg/Rehn, § 62 Anm. III.

2 § 80 Abs. 2 S. 2 bawüGO; Art. 64 Abs. 3 S. 1 bayGO; § 93 Abs. 3 rhpfGO.

3 § 92 Abs. 3 hessGO; § 82 Abs. 3 nsGO; § 62 Abs.3 nwGO; § 80 Abs. 3 saarGO; § 75 Abs. 3 shGO.

4 Dies gilt nicht für RhPf., da gem. § 103 Abs. 2 S. 3 rhpfGO die Gesamtbetragsgenehmigung ausnahmslos zu versagen ist, wenn die Kreditverpflichtungen mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde nicht im Einklang stehen. Möglicherweise aus diesem Grunde halten Hofmann/Beth/Dreibus, § 93 rhpfGO Anm. 4, es offenbar für denkbar, daß die Gemeinde entgegen dem uneingeschränkten Gebot des § 93 Abs. 3 rhpfGO mangels anderer Möglichkeiten einen nicht

(Fortsetzung nächste Seite)

als für Investitionen, Investitionsförderungsmaßnahmen und zur Umschuldung aufzunehmen, keine Ausnahmen zuläßt, dürfen dagegen Kredite für konsumtive Ausgaben selbst dann nicht aufgenommen werden, wenn der Haushaltsplan anders nicht ausgeglichen werden kann[1].

5. Kreditaufnahmen nur für gesetzlich zulässige Zwecke

Nach allen Gemeindeordnungen dürfen Kredite nur im Vermögenshaushalt und nur für Investitionen, Investitionsförderungsmaßnahmen und zur Umschuldung aufgenommen werden[2]. Für alle drei zulässigen Kreditzwecke enthalten die Gemeindehaushaltsverordnungen Legaldefinitionen. Danach sind Investitionen "Ausgaben für die Veränderung des Anlagevermögens"[3] und Investitionsförderungsmaßnahmen "Zuweisungen, Zuschüsse und Darlehen für Investitionen Dritter und für Investitionen der Sondervermögen mit Sonderrechnung"[4]. Unter "Um-

---

ausgeglichenen Haushaltsplan vorlegt. Zur Erteilung der Gesamtbetragsgenehmigung bei fehlender Vereinbarkeit der Schuldendienstverpflichtungen mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde vgl. im einzelnen unten IV und V.

1 Vgl. Kunze/Bronner/Rehm, § 80 Anm. II 6 a.E.

2 § 87 Abs. 1 bawüGO; Art. 71 Abs. 1 bayGO; § 103 Abs. 1 hessGO; § 92 Abs. 1 nsGO; § 72 Abs. 1 nwGO; § 103 Abs. 1 rhpfGO; § 90 Abs. 1 saarGO; § 85 Abs. 1 shGO.

3 § 46 Nr. 13 bawüGemHVO; § 45 Nr. 14 bayGemHVO; § 45 Nr. 13 hessGemHVO; § 47 Nr. 13 nsGemHVO; § 46 Nr. 13 nwGemHVO; § 45 Nr. 14 rhpfGemHVO; § 46 Nr. 13 saarGemHVO; § 44 Nr. 13 shGemHVO. Der Begriff des "Anlagevermögens" ist wiederum jeweils in Ziff 2 der genannten §§ definiert.

4 Jeweils die auf die Definition der "Investitionen" folgende Nr. der erwähnten Bestimmungen.

schuldung" versteht das Gesetz die "Ablösung von Krediten durch andere Kredite"[1].

Ob das Verbot der Kreditaufnahme für konsumtive Zwecke beachtet wird, kann wegen der Einführung des Grundsatzes der Gesamtdeckung auch im Vermögenshaushalt durch die Haushaltsreform nur noch wie folgt kontrolliert werden: Es müssen alle Ausgaben für Investitionen, Investitionsförderungsmaßnahmen und zur Umschuldung addiert werden; dies gilt auch hinsichtlich der Ausgaben, für die ausnahmsweise deshalb Kredite durch Haushaltsvermerk[2] objektgebunden werden dürfen, weil sie für einen bestimmten Zweck bewilligt worden sind[3]. Von der dadurch erhaltenen Summe sind alsdann alle Zuschüsse und Beiträge Dritter zu Investitionen und Investitionsförderungsmaßnahmen abzuziehen. Die Differenz darf nicht höher sein als der Gesamtbetrag der veranschlagten Kreditaufnahme einschließlich der ausnahmsweise zweckgebundenen Kredite[4].

---

1 § 46 Nr. 26 bawüGO; § 45 Nr. 26 bayGemHVO; § 45 Nr. 26 hessGemHVO; § 47 Nr. 26 nsGemHVO; § 46 Nr. 26 nwGemHVO; § 45 Nr. 29 rhpfGemHVO; § 46 Nr. 26 saarGemHVO; § 44 Nr. 26 shGemHVO.

2 Vgl. dazu Scheel/Steup, § 17 nwGemHVO Anm. II 1; Lüersen/Neuffer, § 92 Anm. 1.

3 Die ausnahmsweise Objektbindung von Kreditaufnahmen im Haushaltsplan wird durch § 16 Abs. 1 shGemHVO und jeweils § 17 der übrigen GemHVOen zugelassen.

4 Im Ergebnis ebenso Depiereux, Das neue Haushaltsrecht der Gemeinden, S. 94; Steenbock, Kommunale Haushaltsreform, S. 60, Tz. 70; Kunze/Bronner/Rehm, § 87 Anm. I 10.

Die Gesamtbetragsgenehmigung schützt nicht davor, daß die Gemeinde im Haushalts v o l l z u g Kredite auch für gesetzlich nicht zulässige Zwecke aufnimmt. Denn der Grundsatz der Gesamtdeckung erlaubt es der Gemeinde, die gesamte Kreditermächtigung auszuschöpfen, bevor sie auf andere Einnahmen des Vermögenshaushalts zurückgreift. Deshalb ist es denkbar, daß sie im Laufe des Haushaltsjahres weniger für Investitionen, Investitionsförderungsmaßnahmen und zur Umschuldung ausgibt, als sie an Krediten aufgenommen hat. Sofern die zuständigen Gemeindebeamten hieran ein Verschulden trifft, kommen disziplinarische Schritte gegen sie in Betracht.

6. Subsidiarität der Kreditaufnahme

Nach allen Gemeindeordnungen dürfen Kredite nur aufgenommen werden, wenn eine andere Finanzierung nicht möglich ist oder "wirtschaftlich unzweckmäßig" wäre[1]. Eine andere Finanzierungsmöglichkeit kann auch nur für einen Teilbetrag der Summe aller Investitionen und Investitionsförderungsmaßnahmen[2] möglich sein. In einem solchen Falle hat die Aufsichtsbehörde festzustellen, bis zu welcher Höhe die vorgesehene Kreditaufnahme durch sonstige Mittel ersetzt werden kann und ob eine andere Finanzierung dieses Teilbetrages im Vergleich mit einer Kreditaufnahme wirtschaftlich

---

1 § 78 Abs. 3 bawüGO; Art. 62 Abs. 3 bayGO; § 93 Abs. 3 hessGO; § 83 Abs. 3 nsGO; § 63 Abs. 3 nwGO; § 94 Abs. 3 rhpfGO; § 81 Abs. 3 saarGO; § 76 Abs. 3 shGO.

2 Eine andere Finanzierung von Umschuldungsmaßnahmen als durch Kredite scheidet begrifflich aus.

unzweckmäßig wäre.

Als Einnahmen, die eine andere Finanzierungsmöglichkeit darstellen, kommen spezielle Entgelte für die von der Gemeinde erbrachten Leistungen, Steuern und "sonstige Einnahmen" in Betracht. Nach den in allen Gemeindeordnungen gleichen Grundsätzen der Einnahmebeschaffung dürfen spezielle Entgelte und Steuern nur erhoben werden, soweit die sonstigen Einnahmen nicht ausreichen[1]. Die Aufsichtsbehörde hat deshalb insbesondere zu prüfen, ob (weitere) Entnahmen aus Rücklagen und Veräußerungen von Vermögen, vor allem unrentierlicher Grundstücke möglich sind und ob die Gemeinde sich hinreichend um einschlägige staatliche Investitionszuwendungen bemüht hat. Alsdann ist zu untersuchen, ob eine Erhöhung spezieller Entgelte oder von Steuern möglich ist. Sie können im Vermögenshaushalt nur als Zuführung aus dem Verwaltungshaushalt erscheinen.

Eine danach festgestellte andere Finanzierungsmöglichkeit ist nach allgemeiner Ansicht jedenfalls dann "wirtschaftlich unzweckmäßig" im Sinne des Gesetzes, wenn und soweit die vorgesehene Kreditaufnahme "wirtschaftlicher" im oben behandelten Sinne ist[2]. Die Reform des Gemeindehaushaltsrechts hat dadurch, daß sie das Erfordernis der Unabweisbarkeit

---

1 § 78 Abs. 2 bawüGO; Art. 62 Abs. 2 bayGO; § 93 Abs. 2 hessGO; § 83 Abs. 2 nsGO; § 63 Abs. 2 nwGO; § 94 Abs. 2 rhpfGO; § 81 Abs. 2 saarGO; § 76 Abs. 2 shGO. Vgl. auch die Systematisierung bei Masson/Samper, Art. 62 bayGO Anm. 7.

2 Vgl. z.B. Kottenberg/Rehn, § 63 Anm. IV; Kunze/Bronner/Rehn, § 78 Anm. III 6; Masson/Samper, Art. 62 bayGO Anm. 9; Depiereux, Das neue Haushaltsrecht der Gemeinden, S. 35.

für Kreditaufnahmen beseitigte, bewirkt, daß der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit der Haushaltsführung nunmehr auch im Schuldenwesen uneingeschränkt gilt. Die Bedeutung des Grundsatzes der Subsidiarität der Kreditaufnahme reduziert sich darauf, daß er in Grenzfällen, bei denen nicht mit Sicherheit festgestellt werden kann, welche Art der Finanzierung wirtschaftlicher ist, eine Kreditaufnahme verbietet.

Es bleibt zu untersuchen, ob - wie es die herrschende Meinung will[1] - die Unzweckmäßigkeit einer Finanzierung anders als durch Kreditaufnahme auch unter gesamtwirtschaftlichen Aspekten zu beurteilen ist. Zu beachten ist, daß sich die Frage der gesamtwirtschaftlichen Zweckmäßigkeit hier immer nur bezüglich der Art der Finanzierung eines gegebenen Investitionsvolumens stellen kann. Ob der zu finanzierende Gesamtbetrag der Investitionen und Investitionsförderungsmaßnahmen selbst den konjunkturpolitischen Erfordernissen entspricht, ist nicht zu prüfen, da die Kreditermächtigung, nicht das Investitionsvolumen, zu genehmigen ist.

Der Wortlaut des Gesetzes spricht nicht für die Zulässigkeit auch gesamtwirtschaftlicher Erwägungen, da nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch unter wirt-

---

1 Scheel/Steup, § 63 nwGO Anm. II 3; Galette/Laux/v. Scheliha, § 76 shGO Anm. 6; v. Loebell, § 63 Anm. 5. Kunze/Bronner/Rehm, § 78 Anm. III 4; Masson/Samper, Art. 62 bayGO Anm. 9; Depiereux, aaO. A.A. offenbar Hofmann/Beth/Dreibus, § 94 rhpfGO Anm. 4 und wohl auch Pagenkopf, Kommunalrecht II, S. 137.

schaftlicher Unzweckmäßigkeit eine Mißachtung der Ziele des § 1 StWG nicht verstanden wird. Zudem war schon vor der Reform des Gemeindehaushaltsrechts nach § 93 Nr. 1 bawüGO eine Kreditaufnahme zulässig, wenn eine anderweitige Deckung "wirtschaftlich nicht zweckmäßig" war. Hierbei schieden gesamtwirtschaftliche Erwägungen unstreitig aus[1]. Ein inhaltlicher Unterschied zwischen "nicht zweckmäßig" und "unzweckmäßig" ist aber nicht ersichtlich.

Die herrschende Meinung kann sich auch kaum auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift stützen. In den amtlichen Begründungen heißt es zwar, daß die wirtschaftliche Unzweckmäßigkeit "sowohl im Hinblick auf die haushaltwirtschaftliche Lage der Gemeinde als auch in gesamtwirtschaftlicher Hinsicht" bestehen könne[2]. Dieser knappe Satz, der nicht durch Beispiele oder sonstwie erläutert wird, ergibt jedoch für sich allein nicht zwingend, daß dem Gesetzgeber die Möglichkeit rein gesamtwirtschaftlich motivierter Kreditaufnahmen vorschwebte. Ernste Zweifel ergeben sich schon daraus, daß Scheel/Steup[3] und Depiereux[4], welche an der Abfassung des Musterentwurfs beteiligt waren, übereinstimmend als einziges Beispiel einer Kreditfinanzierung aus gesamtwirtschaftlichen Erwägungen fälschlich die Aufnahme eines zusätzlichen Darlehns aus Konjunkturförderungsmitteln statt der

---

1 Vgl. Kunze/Bronner/Rehm, § 78 Anm. III 7.

2 Vgl. z.B. die amtlichen Begründungen zu § 78 Abs. 3 bawüGO(bawü LT-Drucks. 6/150), zu § 83 Abs. 3 nsGO (nsLT-Drucks. 7/1739) und zu § 94 Abs. 3 rhpfGO (rhpfLT-Drucks. 7/1884).

3 § 63 nwGO Anm. II 3.

4 AaO., S. 35.

Auflösung höher verzinslicher Guthaben nennen. Denn bei der Aufnahme von Krediten statt der Auflösung höher verzinslicher Guthaben handelt es sich nur um einen Fall, in dem der Grundsatz der Subsidiarität der Kreditaufnahme durchbrochen wird, weil eine andere Finanzierung gegen das Gebot wirtschaftlicher Haushaltsführung verstoßen würde.

Schließlich können Hinweise auf die Entstehungsgeschichte auch nur dann Beachtung finden, wenn sich der behauptete Wille des Gesetzgebers als das Ergebnis vernünftiger Überlegungen darstellt[1]. Dies ist hier nicht der Fall: Von den anderen Finanzierungsmöglichkeiten als der Kreditaufnahme ist konjunkturpolitisch relevant nur die Erhöhung der Gemeindesteuern, da sie kontraktiv wirken kann[2]. Eine Steuererhöhung wird jedoch - jedenfall in aller Regel - trotz der durch sie vielleicht bewirkten Verminderung der Investitions- und Konsumneigung zu Mehreinnahmen für die Gemeinde führen. Deshalb ist eine Steuererhöhung, die sich natürlich in den gesetzlichen Grenzen halten muß, für die Gemeinde wirtschaftlicher als eine Kreditaufnahme. Das Gebot der Wirtschaftlichkeit der Haushaltsführung, welches Ausnahmen nicht zuläßt, gebietet es daher, eine mögliche Steuererhöhung der Kreditaufnahme vorzuziehen. Folglich wäre eine rein gesamtwirtschaftlich motivierte Kreditaufnahme ohne Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot nicht möglich. Daraus folgt aber, daß die amtlichen Begründungen

---

1 Vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., S. 321 - einschränkend in der 3. Aufl., S. 333 f. - wonach die Normvorstellungen der an der Gesetzgebung beteiligten Personen "gewissermaßen die Vermutung für sich (haben), das Ergebnis vernünftiger Überlegung zu sein".

2 Vgl. Kunze/Bronner/Rehm, aaO.

insoweit nicht hinreichend durchdacht und daher für die Auslegung der Gemeindeordnungen unbeachtlich sind.

Somit ist entsprechend dem gewöhnlichen Sprachgebrauch "wirtschaftlich unzweckmäßig" nur als "unwirtschaftlich" zu verstehen. Der Grundsatz der Subsidiarität der Kreditaufnahme darf deshalb nicht aus rein gesamtwirtschaftlichen Überlegungen durchbrochen werden.

III. Anspruch der Gemeinde auf Erteilung der Genehmigung bei Vereinbarkeit der Kreditermächtigung mit einer geordneten Haushaltswirtschaft?

1. Das Problem

Die oben[1] wiedergegebene Formulierung des Genehmigungsvorbehalts, insbesondere das Wort "soll" in allen Gemeindeordnungen mit Ausnahme der von Rheinland-Pfalz, wirft zunächst die Frage auf, ob die Genehmigung nach dem Willen des Gesetzgebers im Ermessen der Aufsichtsbehörde steht. Ist eine Ermessenseinräumung anzunehmen, so sind mit Rücksicht auf das Verbot einer Zweckmäßigkeitskontrolle in Selbstverwaltungsdingen durch Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG die Möglichkeiten einer verfassungskonformen Auslegung zu untersuchen. Ist ein Ermessen zu verneinen, stellt sich die weitere Frage, ob die Aufsichtsbehörde die Genehmigung erteilen muß, wenn die Kreditermächtigung den Grundsätzen einer geordneten Haushaltswirtschaft entspricht, oder ob sie sie im Wege der Ge-

---

1 S. 105.

setzmäßigkeitskontrolle noch von der Erfüllung anderer rechtlicher Kriterien abhängig machen muß oder jedenfalls darf.

2. Die geordnete Haushaltswirtschaft als unbestimmter Rechtsbegriff

Die für die Haushaltswirtschaft der Gemeinde geltenden Grundsätze, insbesondere der der Wirtschaftlichkeit, wurden früher überwiegend als Ermessensrichtlinien angesehen, die Anhaltspunkte dafür hergaben, wann die Haushaltswirtschaft der Gemeinde als zweckmäßig anzusehen war[1]. Konsequenz der Einschätzung als Zweckmäßigkeitskriterien war die Verneinung ihrer Justitiabilität. Die Entscheidung der Aufsichtsbehörde, eine genehmigungspflichtige Maßnahme der Gemeinde als "unwirtschaftlich" abzulehnen, galt demnach als Ermessensentscheidung, die nach den hierfür geltenden allgemeinen Regeln nur auf Ermessensfehler, nicht aber auf die "richtige" Beurteilung des haushaltswirtschaftlichen Vorgangs überprüfbar war.

Inzwischen hat sich aber mit Recht die Auffassung durchgesetzt, daß es sich bei der geordneten Haushaltswirtschaft sowie ihren für die Kreditaufnahme relevanten Unterpunkten dauernde Leistungsfähigkeit, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und wirtschaftliche

---

1 So etwa - wie bereits oben S.76 erwähnt - der bawü Gesetzgeber hinsichtlich des Begriffs der "geordneten Wirtschaftsführung" in Art. 75 Abs. 1 S. 2 bawüVerf. und § 94 Abs. 1 S. 2 a.F. bawüGO; Kunze/Schmid, 2. Aufl., § 94 Anm. III 2; Surén, Gemeindewirtschaftsrecht, S. 609 m.w.N.

Unzweckmäßigkeit einer anderen Finanzierung um unbestimmte Rechtsbegriffe handelt[1]. Es gibt somit nur e i n e richtige Entscheidung der Aufsichtsbehörde über die Vereinbarkeit des Gesamtbetrags der vorgesehenen Kreditaufnahme mit einer geordneten Haushaltswirtschaft. Ein Anspruch der Gemeinde auf Genehmigung der Haushaltssatzung hinsichtlich der Kreditermächtigung kann deshalb nicht mit der Begründung verneint werden, es handele sich bei diesem Begriff nur um eine Ermessensrichtlinie.

3. Ermessen der Aufsichtsbehörde aus dem Gesichtspunkt der "Sollvorschrift"?

Eine "Sollvorschrift" beinhaltet gewöhnlich, daß für alle "typischen" Fälle eine bestimmte Rechtsfolge mit

---

1 Vgl. Rauball/Rauball, § 72 Anm. 7; Kunze/Bronner/Rehm, § 87 Anm. 16 - allerdings im Widerspruch zu den Ausführungen in Anm. II 4 zu § 77, wonach die Grundsätze der Sparsamkeit und der Wirtschaftlichkeit, die doch auch zu denen einer geordneten Haushaltswirtschaft gehören, weiterhin als Ermessensrichtlinien anzusehen sind; Wolff/Bachof II, § 86 IXb 1d und Weber, Kommunalaufsicht als Verfassungsproblem, S. 22 (beide für die "geordnete Wirtschaftsführung"); Masson/Samper, Art. 71 bayGO Anm. 8 (für die "dauernde Leistungsfähigkeit"); Leisner, Anm. zu BVerwG v. 22.9.1972 (DÖV 1973, S. 272), DÖV 1973, S. 273, 274 r. Sp. Gleicher Ansicht, wenn auch ohne den Ausdruck unbestimmter Rechtsbegriff zu verwenden, wohl Hofmann/Beth/Dreibus, § 103 rhpfGO Anm. 3; Kottenberg/Rehn, § 72 Anm. III; Lüersen/Neuffer, § 92 Anm. 2; Scheel/Steup, § 72 nwGO Anm. II 2.

der Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes verknüpft wird, es dem Verwaltungsorgan aber in "atypischen" Fällen gestattet ist, von der Verwirklichung der gesetzlichen Rechtsfolge abzusehen[1]. Im Streitfall haben die Verwaltungsgerichte zu prüfen, ob ein atypischer Umstand vorliegt, wobei die Verwaltungsbehörde die Darlegungs- und materielle Beweislast trifft[2]. Wird das Vorliegen eines atypischen Falles bejaht, so ist die Wahl der Rechtsfolge durch die Behörde nur auf Ermessensfehler überprüfbar.

Läßt man die von den übrigen Gemeindeordnungen abweichende Formulierung in § 103 Abs. 2 S. 2 rhpfGO zunächst außer acht und betrachtet den Halbsatz "Die Genehmigung soll unter dem Gesichtspunkt einer geordneten Haushaltswirtschaft erteilt oder versagt werden;" für sich allein, so liegt es nahe, anzunehmen, daß die Aufsichtsbehörde die Genehmigung in atypischen Fällen auch dann versagen darf, wenn die vorgesehene Kreditaufnahme den Grundsätzen einer geordneten Haushaltswirtschaft entspricht[3]. Nimmt man jedoch den folgenden Satz "Sie ist in der Regel zu versagen, wenn die Kreditverpflichtungen mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde nicht im Einklang stehen" hinzu, so drängt sich die Frage auf, ob mit dem "soll unter dem Gesichtspunkt einer

---

1 Wolff/Bachof I, § 31 II b; vgl. auch BVerwGE 12, 284, 285; 20, 117, 118; BVerwG DVBl. 1961, S. 166, 167 f.; NJW 1972, S. 1206, 1207.

2 BVerwG DVBl. 1960, S. 252; Wolff/Bachof, aaO.

3 Scheel/Steup, § 72 nwGO Anm. II 2, S. 115; Galette/Laux/v.Scheliha, § 85 shGO Anm. 3 b; v. Loebell, § 72 Anm. 6; einschränkend Kunze/Bronner/Rehm, § 87 Anm. II 16 a. E.

geordneten Haushaltswirtschaft" nicht ein anderer Zweck verfolgt wird: Raum dafür zu lassen, daß die Genehmigung in Ausnahmefällen auch dann erteilt werden darf, wenn die Kreditermächtigung die dauernde Leistungsfähigkeit der Gemeinde übersteigt und deshalb mit den Grundsätzen einer geordneten Haushaltswirtschaft nicht vereinbar ist.

Wenn die Erteilung der Genehmigung jedenfalls in atypischen Fällen im Ermessen der Aufsichtsbehörde stehen sollte, wäre es unnötig, eigens in das Gesetz aufzunehmen, daß die Genehmigung bei fehlender Vereinbarkeit der Kreditermächtigung mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde zu versagen sei. Es hätte genügt anzuordnen, daß die Genehmigung unter dem Gesichtspunkt einer geordneten Haushaltswirtschaft erteilt und versagt werden solle. Dann wäre es als Wille des Gesetzgebers zu erkennen gewesen, der Aufsichtsbehörde Ermessen in beiden Richtungen einzuräumen, sofern ein atypischer Fall vorliegt. Eine solche Formulierung hat das Gesetz aber gerade nicht gewählt.

Bei teleologischer Betrachtung ist kein sachlicher Grund ersichtlich, der eine Versagung der Genehmigung rechtfertigen könnte, wenn die vorgesehene Kreditaufnahme mit einer geordneten Haushaltswirtschaft im Einklang steht. Denn wenn dem, was das Gesetz als geordnete Haushaltswirtschaft ansieht, genüge getan ist, so spricht nichts dafür, daß der Gesetzgeber die Aufsichtsbehörde auch dann noch zu eigenen Zweckmäßigkeitserwägungen ermächtigen wollte. Auch die Vertreter der Gegenmeinung nennen keine Beispiele

"atypischer" Fälle.

Schließlich ist in den amtlichen Begründungen zur Gesamtbetragsgenehmigung nirgends von einem Ermessen der Aufsichtsbehörde, wenn die vorgesehene Kreditaufnahme einer geordneten Haushaltswirtschaft entspricht, aber ein atypischer Fall vorliegt, die Rede. Es wird durchweg nur gesagt, daß die Genehmigung ausnahmsweise auch dann erteilt werden könne, wenn die Kreditermächtigung mit einer geordneten Haushaltswirtschaft nicht vereinbar ist[1].

Für Rheinland-Pfalz bringt der Halbsatz "Die Aufsichtsbehörde hat die vorgesehene Kreditaufnahme unter dem Gesichtspunkt einer geordneten Haushaltswirtschaft zu überprüfen,"[2] für sich allein kaum Auslegungsschwierigkeiten mit sich. Erst der darauf folgende Satz 3 von § 103 Abs. 2 rhpfGO, wonach die Genehmigung zu versagen "ist", wenn die Kreditverpflichtungen die dauernde Leistungsfähigkeit der Gemeinde übersteigen, wirft die Frage auf, ob in dem "hat zu prüfen" die Einräumung eines Ermessens liegt, dergestalt, daß die Aufsichtsbehörde die Genehmigung auch bei positivem Ergebnis der Prüfung versagen kann. In diesem Bundesland ist jedoch - wie oben dargelegt[3] - schon durch die Gemeindeordnung selbst die Kommunalaufsicht auch bei der Handhabung der Genehmigungsvorbehalte auf eine reine Gesetzmäßigkeits-

---

1 Vgl. z.B. die amtl. Begr. zu § 103 hessGO (hessLT-Drucks. 7/2659) und zu § 92 nsGO (nsLT-Drucks. 7/1739).

2 § 103 Abs. 2 S. 2, 1. Halbs. rhpfGO.

3 S. 76.

kontrolle beschränkt. Es ist nichts dafür ersichtlich, daß hiervon für die Genehmigung der Kreditermächtigung eine Ausnahme gemacht werden sollte. Der Gesetzestext ist - ebenso wie der der anderen Gemeindeordnungen - insoweit nur unglücklich formuliert, worauf unten noch zurückzukommen sein wird. Im übrigen gilt auch hier, daß ein sachlicher Grund für eine Versagung der Genehmigung nicht ersichtlich ist, wenn der Gesamtbetrag der vorgesehenen Kreditaufnahme einer geordneten Haushaltswirtschaft entspricht.

Als Zwischenergebnis ist deshalb festzuhalten, daß die Erteilung der Genehmigung nach allen Gemeindeordnungen nicht im Ermessen der Aufsichtsbehörde steht, wenn der Gesamtbetrag der im Vermögenshaushalt vorgesehenen Kreditaufnahme mit den Grundsätzen einer geordneten Haushaltswirtschaft vereinbar ist[1].

---

1 Im Ergebnis ebenso Hofmann/Beth/Dreibus, § 103 rhpfGO Anm. 3; Kottenberg/Rehn, § 72 Anm. III; Lüersen/Neuffer, § 92 Anm. 2; Masson/Samper, Art. 71 bayGO Anm. 6; Rauball/Rauball, § 72 Anm. 7; wohl auch Depiereux, aaO., S. 95; Steenbock, Kommunale Haushaltsreform, Tz. 73. Unklar Wolff/Bachof II, § 86 IX b 1β, wonach die Gesamtgenehmigung "wegen Rechtsverletzung oder auch deshalb, weil die zu genehmigende Maßnahme dem wahren eigenen Interesse der Gemeinde widerspricht", versagt werden kann. Da erst im nächsten Absatz (γ) Genehmigungsvorbehalte aufgeführt werden, für die ausdrücklich die Zulässigkeit von Zweckmäßigkeitserwägung bejaht wird, und im vorhergehenden Absatz (α) auch der Verstoß gegen eine "geordnete Wirtschaftsführung" als "ungesetzlich" bezeichnet wird, dürften auch Wolff/Bachof eine Zweckmäßigkeitskontrolle bei der Gesamtbetragsgenehmigung ablehnen. Mit dem "eigenen Interesse" der Gemeinde ist jedenfalls für den Bereich der Haushaltswirtschaft wohl nichts anderes gemeint als das Prinzip der "Wirtschaftlichkeit", welches früher als Zweckmäßigkeitsfrage angesehen wurde. Wolff/Bachof fällt es offenbar schwer, die Konsequenzen daraus zu ziehen, daß es sich hier - wie sie selbst schreiben - um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt.

4. Versagung der Genehmigung aus anderen Gesichtspunkten als dem einer geordneten Haushaltswirtschaft?

Entspricht die vorgesehene Kreditermächtigung den Grundsätzen einer geordneten Haushaltswirtschaft, so ist sie rechtmäßig, da der Begriff der geordneten Haushaltswirtschaft alle für die Kreditaufnahme einschlägigen rechtlichen Gesichtspunkte umschließt. Die Satzung kann aber beispielsweise insgesamt an dem formellen Mangel der fehlerhaften Auslegung des Entwurfs - wo vorgesehen - oder der verfahrensrechtlich unzulässigen Beschlußfassung durch den Rat leiden. Sie kann auch materiell etwa insoweit rechtswidrig sein, als einzelne der vorgesehenen Investitionen den Grundsätzen der Sparsamkeit oder der Wirtschaftlichkeit zuwiderlaufen. Kann die Aufsichtsbehörde die Versagung der Gesamtbetragsgenehmigung auf solche Mängel der Haushaltssatzung stützen, so spart sie sich das Beanstandungsverfahren wegen des Satzungsbeschlusses, welches zudem in Nordrhein-Westfalen, wo die Aufsichtsbehörde nicht selbst beanstanden kann, sondern den Hauptgemeindebeamten zur Beanstandung anweisen muß[1], komplizierter ist.

Ausdrücklich angeordnet hat der Gesetzgeber eine umfassende Rechtmäßigkeitskontrolle der Haushaltssatzung bei der Prüfung der Kreditermächtigung nicht. Daß eine behördliche Genehmigung nur unter einem

---

1 § 108 Abs. 1 S. 1 nwGO.

bestimmten rechtlichen Gesichtspunkt erteilt wird, ohne daß zu sonstigen Rechtsfragen Stellung genommen wird, ist nichts Ungewöhnliches[1]. Das Verfassungsgebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung steht dem schon deshalb nicht entgegen, weil die Behörde mit der Genehmigung, die den (sinngemäßen) Ausspruch enthält, daß die Unbedenklichkeit unter einem bestimmten rechtlichen Gesichtspunkt bezeugt wird, nichts Gesetzwidriges tut. Nur eine solche Erklärung - hier bezüglich der Vereinbarkeit der Kreditermächtigung mit einer geordneten Haushaltswirtschaft - gibt die Aufsichtsbehörde aber bei der Gesamtbetragsgenehmigung ab. Eine V e r p f l i c h t u n g der Aufsichtsbehörde, die Genehmigung des Gesamtbetrags der Kreditaufnahme nur zu erteilen, wenn die Haushaltssatzung insgesamt rechtmäßig ist, ist deshalb zu verneinen.

Es bleibt zu prüfen, ob die Aufsichtsbehörde b e r e c h t i g t ist, die Genehmigung der Haushaltssatzung hinsichtlich des Gesamtbetrags der vorgesehenen Kreditaufnahme wegen anderer Rechtsfehler zu versagen, statt den Satzungsbeschluß zu beanstanden.

Beanstandung eines Ratsbeschlusses und Versagung der Genehmigung einer Satzung führen zum selben materiell-rechtlichen Ergebnis: Die Satzung wird nicht

---

1 So etwa bei der Genehmigung der Nutzungsänderung von öffentlich gefördertem Wohnraum durch die untere Bauaufsichtsbehörde, da es hier gem. § 12 Abs. 2 WoBindG zusätzlich der Genehmigung der nach § 3 WoBindG zuständigen Behörde bedarf.

wirksam, auch wenn sie rechtmäßig ist. Prozessual liegen die Dinge dagegen anders. Gegen die Beanstandung ist die Anfechtungsklage gegeben, während die versagte Genehmigung mit der Verpflichtungsklage zu erstreiten ist. Die Folge ist, daß der Widerspruch[1] und die Klage der Gemeinde gegen die Beanstandungsverfügung gemäß § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO aufschiebende Wirkung haben[2], also gleichsam die aufschiebende Wirkung der Beanstandungsverfügung beseitigen. Ordnet die Aufsichtsbehörde die sofortige Vollziehung der Beanstandungsverfügung nach § 80 Abs. 2 Nr. 1 VwGO an, kann das Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs oder der Anfechtungsklage gemäß § 80 Abs. 5 VwGO wiederherstellen. Die Gemeinde kann alsdann bis zur Entscheidung in der Hauptsache den Ratsbeschluß so ausführen, als sei er nicht beanstandet worden. Gegen die Versagung einer Genehmigung kann die Gemeinde vorläufigen Rechtsschutz nur über eine einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO erhalten. Durch eine Anordnung aufgrund von § 123 VwGO darf aber von bestimmten Ausnahmefällen abgesehen, in denen

---

1 Soweit nicht, wie etwa durch § 112 nwGO und § 142 hessGO, im Einklang mit § 68 Abs. 1 S. 2, 2. Halbs. VwGO ein Vorverfahren ausgeschlossen ist. Vgl. dazu Rauball/Rauball, § 112 Anm. 1 m.w.N.

2 Daß es sich bei der Beanstandungsverfügung als Maßnahme der Kommunalaufsicht um einen Verwaltungsakt handelt, ist allgemeine Ansicht. Vgl. Rauball/Rauball, aaO. § 80 VwGO gilt für belastende Verwaltungsakte aller Art. Vgl. Kopp, Verwaltungsgerichtsordnung, § 80 Anm. 2b.

ein wirksamer Rechtsschutz anders nicht zu erreichen ist und dies für den Antragsteller zu schlechthin unzumutbaren Folgen führen würde[1], die Hauptsache nicht vorweggenommen werden[2]. Deshalb ist eine Verpflichtung der Aufsichtsbehörde zur Erteilung einer Genehmigung durch eine einstweilige Anordnung jedenfalls in aller Regel nicht möglich .

Aus diesem prozessualen Grund wirkt sich die Versagung einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung ungleich einschneidender auf die Selbstverwaltung der Gemeinde aus als die Ausübung eines Beanstandungsrechts. Schon deshalb ist bei der Prüfung, auf welche Gesichtspunkte die Aufsichtsbehörde die Versagung einer aufsichtlichen Genehmigung stützen darf, ein strenger Maßstab anzulegen. Daraus, daß der Gesetzgeber eine allgemeine Genehmigungspflicht der Haushaltssatzung nicht angeordnet hat, ergibt sich, daß er sie auch nicht für erforderlich hält. Wenn die Aufsichtsbehörde den Genehmigungsvorbehalt hinsichtlich des Gesamtbetrags der Kreditaufnahme durch Überprüfung der gesamten Satzung auf ihre formelle und materielle Rechtmäßigkeit so handhabt,als sei die Satzung insgesamt genehmigungspflichtig, greift sie weiter in das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde ein, als sie der Gesetzgeber dazu ermächtigt hat. Die Aufsichtsbehörde darf deshalb eine Versagung der Gesamtbetragsgenehmigung nicht auf andere Gründe als

---

1 Dazu BVerwG NJW 1967, S. 2375, 2376; OVG Berlin DVBl. 1975, S. 266.

2 BayVGH BayVBl. 1972, S. 16, 17; HessVGH VerwRspr. 25, 940, 943; Redeker/v. Oertzen, § 123 Rz. 11-14.

die einer geordneten Haushaltswirtschaft stützen.

5. Ergebnis

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß die Aufsichtsbehörde die Genehmigung erteilen muß, wenn der Gesamtbetrag der im Vermögenshaushalt vorgesehenen Kreditaufnahme mit den Grundsätzen einer geordneten Haushaltswirtschaft vereinbar ist. Die Gemeindeordnungen sind deshalb auch insoweit mit dem Verfassungsgebot, daß die Kommunalaufsicht als Aufsicht über die Angelegenheiten des eigenen Wirkungskreises der Gemeinden sich nur auf die Gesetzmäßigkeit des gemeindlichen Handelns erstrecken darf, vereinbar.

IV. Erteilung der Genehmigung, auch wenn die dauernde Leistungsfähigkeit der Gemeinde nicht gesichert ist?

In allen Gemeindeordnungen wird die fehlende Vereinbarkeit der Kreditverpflichtungen mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde als Versagungsgrund hervorgehoben. Außer in Rheinland-Pfalz werden aber die einschränkenden Worte "in der Regel" hinzugefügt[1]. Es fragt sich deshalb, unter welchen Voraussetzungen die Gesamtbetragsgenehmigung erteilt werden muß oder zumindest darf, obwohl durch die vorgesehene Kreditaufnahme die Schuldendienstgrenze überschritten wird.

1. Die Rechtslage in Rheinland-Pfalz

§ 103 Abs. 2 S. 3 rhpfGO, wonach die Genehmigung zu versagen "ist", wenn die Kreditverpflichtungen mit

1 Siehe oben S. 105 f.

der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde nicht im Einklang stehen, läßt im Gegensatz zu den übrigen Gemeindeordnungen Ausnahmen nicht zu. In Rheinland-Pfalz ist deshalb die Genehmigung stets zu versagen, wenn durch die zu erwartende Belastung aus der vorgesehenen Kreditermächtigung die Schuldendienstgrenze überschritten würde[1]. Die diesbezüglichen Verwaltungsvorschriften des rheinland-pfälzischen Ministers des Innern[2], welche für zwingende Fälle Ausnahmen vorsehen, widersprechen insoweit dem Gesetz.

2. Die Rechtslage nach den übrigen Gemeindeordnungen

a) Der Genehmigungsvorbehalt als Ermächtigung zur Befreiung von einem repressiven Verbot

Die übrigen Gemeindeordnungen ordnen die Versagung der Gesamtbetragsgenehmigung mangels Vereinbarkeit der Kreditverpflichtungen mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde nur für den Regelfall an, allerdings ohne den Kreis denkbarer Ausnahmen irgendwie zu umschreiben. Sie ermächtigen also die Aufsichtsbehörde, die Genehmigung auch zu erteilen, wenn die Kreditermächtigung die dauernde Leistungsfähigkeit der Gemeinde übersteigt. Da die Versagung der Genehmigung die Regel und ihre Erteilung die Ausnahme sein soll, handelt es sich hier nicht um einen präventiven Genehmigungsvorbehalt für Kreditaufnahmen,

---

1 Im Ergebnis ebenso Hofmann/Beth/Dreibus, § 103 rhpfGO Anm. 3.

2 Rundschreiben v. 20.1.1975 (MinBl. Sp. 114).

die mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde unvereinbar sind. Das Gesetz knüpft vielmehr an das Verbot einer die Leistungsfähigkeit der Gemeinde übersteigenden Verschuldung an und läßt hiervon Ausnahmen zu. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Genehmigungsversagung und -erteilung ist Kennzeichen eines repressiven Verbots mit Befreiungsvorbehalt[1]. Die Bestimmung, daß die Gesamtbetragsgenehmigung bei fehlender Vereinbarkeit der Kreditverpflichtungen mit der dauernden Leistungsfähigkeit "in der Regel" zu versagen ist, enthält somit nichts anderes als die Ermächtigung der Aufsichtsbehörde, von dem repressiven Verbot der Verschuldung über die Leistungsfähigkeit der Gemeinde hinaus Befreiung zu erteilen.

b) Voraussetzungen einer Befreiung

Nach den allgemeinen Regeln des Verwaltungsrechts steht die Befreiung von einem repressiven Verbot in der Regel im Ermessen der Behörde, so daß der Antragsteller grundsätzlich nur einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über seinen Antrag hat[2]. Ist das Ermessen durch die Worte "soll" oder - wie hier - "in der Regel" gebunden, so darf die Behörde nur dann eine von der Regel abweichende Entscheidung treffen, hier also eine Ausnahme von dem Verbot bewilligen, wenn ein atypischer Fall vorliegt[3].

---

1 Vgl. Wolff/Bachof I, § 48 II c 1

2 Vgl. statt vieler Wolff/Bachof, aaO.

3 Vgl. Wolff/Bachof I, § 31 IIb.

Das Verfassungsgebot der Beschränkung der Kommunalaufsicht auf eine Gesetzmäßigkeitskontrolle steht einer Anwendung dieser Grundsätze auf die Genehmigung des Gesamtbetrags der vorgesehenen Kreditaufnahme durch die Aufsichtsbehörde nicht entgegen, da die Befreiung von einem repressiven Verbot kein Mittel der Kommunalaufsicht ist. Aufsichtlich ist nur die durch den Genehmigungsvorbehalt ermöglichte präventive Prüfung der Vereinbarkeit der Kreditermächtigung mit den Grundsätzen einer geordneten Haushaltswirtschaft. Ein Ermessen der Aufsichtsbehörde bei der Befreiung von dem repressiven Verbot einer die dauernde Leistungsfähigkeit der Gemeinde überschreitenden Kreditaufnahme wäre nur dann mit dem Selbstverwaltungsrecht unvereinbar, wenn das Verbot selbst gegen Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG oder die einschlägigen Bestimmungen der Landesverfassungen verstieße. Davon kann aber keine Rede sein, da das grundsätzliche Verbot übermäßiger Verschuldung der Gemeinden zu ihrem eigenen Schutz erforderlich ist[1].

---

1 Dieser Gedankengang entspricht dem von BVerwGE 16, 301, 307 und BVerwG DVBl. 1969, S. 361, 362 zur Vereinbarkeit einer im Ermessen der Verwaltungsbehörde stehenden Befreiung von einem repressiven Verbot mit der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG. Eine in das Ermessen der Behörde gestellte Befreiungsmöglichkeit ist mit der Eigentumsgarantie vereinbar, wenn das generelle gesetzliche Verbot eine zulässige Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums enthält, da die mit dem Befreiungsantrag entgegen dem verfassungsmäßigen Verbot erstrebte Position gerade nicht mehr zum Inhalt des Eigentums gehört.

Steht eine Maßnahme im Ermessen der Behörde, so besteht ein Anspruch auf sie zunächst nur, wenn rechtlich zulässige Gründe für eine andere Entscheidung nicht vorliegen und deshalb das Ermessen auf die einzig mögliche Entscheidung, dem Antrag stattzugeben, geschrumpft[1] ist.

Auf eine Ausnahmebewilligung besteht auch Anspruch, wenn ihre Versagung eine übermäßige Grundrechtsbeschränkung bedeutete[2]. Dieser Grundsatz ist auf das Verhältnis zwischen Gemeinde und Aufsichtsbehörde nicht unmittelbar anwendbar, weil Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG und die einschlägigen Bestimmungen der Landesverfassungen kein Grundrecht der Gemeinden, sondern nur eine institutionelle Garantie der Selbstverwaltung enthalten. Aus ihm ist jedoch im Hinblick auf die verfassungskräftige Selbstverwaltungsgarantie der Rechtsgedanke zu entnehmen, daß die Gemeinde Anspruch auf eine ins Ermessen der Aufsichtsbehörde gestellte Befreiung von einem repressivem Verbot hat, wenn durch eine Ablehnung der Befreiung im konkreten Fall in den Kern des Selbstverwaltungsrechts eingegriffen würde.

Ob der Antragsteller auch dann einen klagbaren Anspruch auf Erteilung der Ausnahmebewilligung hat, wenn das öffentliche Interesse sie erfordert und sie deshalb erteilt werden muß, ist für den Normal-

---

1 Vgl. BVerwGE 11, 95, 97; OVG Lüneburg DÖV 1963, S. 769; Wolff/Bachof I, § 31 II e 2.

2 BVerfGE 13, 97, 120 f.; 33, 125, 168 f.; Schwabe, Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, JuS 1973, S. 133, 139 f. m.w.N.

fall, daß ein Subjekt des Privatrechts Antragsteller ist, nicht unumstritten[1]. Für das Verhältnis der Gemeinde zum Staat, in dem auch das Interesse der Gemeinde ein öffentliches ist, ist jedenfalls anzunehmen, daß die Gemeinde bei Vorliegen aller sonstigen Voraussetzungen auf die Ausnahmebewilligung Anspruch hat, wenn ihre Erteilung im öffentlichen Interesse geboten ist.

c) Beispiele von Fallgestaltungen, in denen eine Ausnahmebewilligung in Betracht kommt

aa) Bedarfszuweisungen zu erwarten

Nach allgemeiner Ansicht kommt eine Ausnahmebewilligung von dem Verbot der Kreditaufnahme über die dauernde Leistungsfähigkeit der Gemeinde hinaus zunächst dann in Betracht, wenn die Gemeinde auf Bedarfszuweisungen aus dem Ausgleichsstock nach dem Finanzausgleichsgesetz[2] des jeweiligen Landes angewiesen ist[3]. Denn wenn Bedarfszuweisungen schlechthin er-

---

1 Dafür etwa OVG Münster NJW 1966, S. 1833; VerwRspr. 19, S. 327, 328. Dagegen Menger/Erichsen, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch. 58 (1967), S. 171, 179 f.

2 Vgl. z.B. § 11 nwFinanzausgleichsgesetz 1975 (GV NW S. 149). S. auch die Übersicht über die Finanzausgleichsregelungen der Länder bei Hölzner, Kommunaler Finanzausgleich in den Bundesländern, StT 1970, S. 618.

3 Depiereux, Das neue Haushaltsrecht der Gemeinden, S. 95 f. Masson/Samper, Art. 61 bayGO Anm. 8; Lüersen/Neuffer, § 92 Anm. 2; Kunze/Bronner/Rehm, § 87 Anm. II 6; Scheel/Steup, § 72 nwGO Anm. II 2; Steenbock, Kommunale Haushaltsreform, Tz. 73.

forderlich sind, um die Fähigkeit der Gemeinde zur stetigen Erfüllung ihrer Aufgaben zu gewährleisten, ist zu erwarten, daß sie solange wie nötig zum Zwecke des Haushaltsausgleichs Zuweisungen aus dem Ausgleichsstock erhalten wird, obwohl auf solche Zuweisungen kein Rechtsanspruch besteht. Mit den Bedarfszuweisungen werden in diesem Fall, vom praktischen Ergebnis her gesehen, die Annuitäten für den Teil der Verschuldung, der die dauernde Leistungsfähigkeit der Gemeinde übersteigt, aufgebracht. Auf diese Weise wird vermieden, daß die Gemeinde einen nicht ausgeglichenen Haushaltsplan vorlegen und gleichzeitig zum Zwecke des Haushaltsausgleichs um Bedarfszuweisungen bitten muß.

Diese Verfahrensweise hat gewisse Ähnlichkeit mit der im Subventionswesen vordringenden Erscheinung, daß der Staat nicht selbst das Kapital zur Verfügung stellt, sondern "Aufwendungsbeihilfen" zur Verzinsung und Tilgung von Bankkrediten gewährt. Sie bringt aber die Gefahr mit sich, daß sowohl die Gemeinde selbst als auch die Aufsichtsbehörde nicht ganz so gründlich prüfen, ob die geplanten Investitionen und Investitionsförderungsmaßnahmen wirklich alle so dringend zur Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde erforderlich sind, daß sie eine die dauernde Leistungsfähigkeit der Gemeinde übersteigende Neuverschuldung rechtfertigen.

Kann die Gemeinde hinreichende Bedarfszuweisungen erwarten, so ist kein Grund ersichtlich, der eine Ablehnung der Gesamtbetragsgenehmigung rechtfertigen könnte.

Ist aber jede andere Entscheidung rechtlich unzulässig, so hat die Gemeinde nach den oben dargelegten Grundsätzen der Ermessenslehre aus dem Gesichtspunkt der Ermessensschrumpfung Anspruch auf die Erteilung der Gesamtbetragsgenehmigung.

bb) Kreditaufnahmen zur Finanzierung unaufschiebbarer Investitionen erforderlich

Eine Ausnahmebewilligung kommt ferner in Betracht, wenn der vorgesehene Gesamtbetrag der Kreditaufnahme nur deshalb eine mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde nicht vereinbare Höhe erreicht, weil er zur Finanzierung unaufschiebbarer Investitionen dient[1]. Hier wird allerdings besonders sorgfältig zu prüfen sein, ob die Gemeinde alle Sparmöglichkeiten ausgenutzt und vor allem ihr Investitionsvolumen auf das unabweisbare Maß beschränkt hat. Unter dieser Voraussetzung kann sich ein Anspruch auf die Erteilung der im Ermessen der Aufsichtsbehörde liegenden Genehmigung aus dem Gesichtspunkt ergeben, daß das öffentliche Interesse sie erfordert. In einem solchen Falle werden allerdings regelmäßig Zweckzuweisungen zu erwarten und damit die unter aa) aufgestellten Grundsätze anwendbar sein.

---

1 Kunze/Bronner/Rehm, aaO. Ebenso auch Ziff. 3.15 des Rundschreibens des rhpfMdI v. 20.1.1975 (MinBl. Sp. 114), welches allerdings - wie bereits oben S. 143 erwähnt - insoweit dem Gesetz widerspricht, da § 103 Abs. 2 S. 3 rhpfGO im Gegensatz zu den übrigen Gemeindeordnungen ausnahmslos die Versagung der Genehmigung für den Fall anordnet, daß die vorgesehene Kreditermächtigung mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde nicht im Einklang steht.

cc) Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen

Es ist auch der Fall denkbar, daß die Gemeinde in den Vorjahren unter Ausnutzung von Verpflichtungsermächtigungen für nicht unaufschiebbare Investitionen Verträge geschlossen hat, die im kommenden Haushaltsjahr unter Aufnahme von Krediten erfüllt werden müssen, die die dauernde Leistungsfähigkeit der Gemeinde übersteigen. Gegenüber ihren Vertragspartnern kann die Gemeinde sich nicht auf ihre mangelnde finanzielle Leistungsfähigkeit berufen. Verweigert die Aufsichtsbehörde die Genehmigung zu einer die Verschuldungsgrenze übersteigende Kreditermächtigung, setzt sie die Gemeinde einer Klage der Gläubiger mit anschließender Zwangsvollstreckung in das Gemeindevermögen aus[1]. In einem solchen Fall bleibt der Aufsichtsbehörde keine andere Wahl, als die vorgesehene Kreditermächtigung zu genehmigen, auch wenn Bedarfszuweisungen noch nicht in Sicht sind[2]; ihr Ermessen hat sich auf diese einzig mögliche Entscheidung reduziert.

War der Gesamtbetrag der Verpflichtungsermächtigungen, aufgrund derer die Verträge, die die Gemeinde nunmehr zu Kreditaufnahmen zwingen, geschlossen wurden, ge-

---

1 Zwar bedarf die Zwangsvollstreckung in das Gemeindevermögen wegen Geldforderungen der Zulassung der Aufsichtsbehörde; vgl. z.B. § 127 Abs. 1 bawüGO und § 136 Abs. 1 nsGO. Dieser ist jedoch kein Ermessen eingeräumt. Das Zulassungsverfahren soll - soweit es hier interessiert - nur verhindern, daß der Gläubiger die Zwangsvollstreckung gerade in Gegenstände betreibt, die zur Erfüllung von Aufgaben der Gemeinde unentbehrlich sind. Vgl. VG Hannover DVBl. 1971, S. 524, 525 m.w.N.

2 In Rheinland-Pfalz müßte das Land wegen § 103 Abs. 2 S. 3 rhpfGO notwendig sofort mit Bedarfszuweisungen eintreten.

nehmigt, weil schon damals Kreditaufnahmen vorgesehen waren[1], kann sich eine Pflicht der Aufsichtsbehörde zur Genehmigung der Kreditaufnahme ebenfalls nur aus dem Gesichtspunkt der Ermessensschrumpfung ergeben. Die mit Rücksicht auf die beabsichtigten Kreditaufnahmen notwendige Genehmigung des Gesamtbetrages der Verpflichtungsermächtigungen begründet für sich allein keinen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung der späteren Kreditermächtigung[2]; sie soll nur der Aufsichtsbehörde zum Schutz der Gemeinde über das allgemeine Beanstandungsrecht hinaus eine Möglichkeit zu präventiver Kontrolle geben[3].

dd) Ausnutzung von Konjunkturförderungsmitteln

Kunze/Bronner/Rehm nennen ohne nähere Begründung als weiteres Beipiel den Fall, daß die die dauernde Lei-

---

1 Vgl. § 86 Abs. 4 bawüGO; Art. 67 Abs. 4 bayGO; § 102 Abs. 4 hessGO; § 91 Abs. 4 nsGO; § 71 Abs. 4 nwGO; § 102 Abs. 4 rhpfGO; § 89 Abs. 4 saarGO; § 84 Abs. 4 shGO.

2 Ebenso wohl Depiereux, Das neue Haushaltsrecht der Gemeinden, S. 113; Lüersen/Neuffer, § 91 Anm. 4. A.A. offenbar Kottenberg/Rehn, § 71 Anm. V 1, weil die Aufsichtsbehörde sich sonst durch eine Versagung der Genehmigung in Widerspruch zu ihrem früheren Verhalten setze. Es sollte allerdings in der Praxis nicht vorkommen, daß die durch Ausnutzung genehmigter Verpflichtungsermächtigungen bedingten Kreditaufnahmen sich später als mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde unvereinbar herausstellen.

3 Vgl. Kunze/Bronner/Rehm, § 86 Anm. IV 1; Masson/Samper, Art. 67 bayGO Anm. 6

stungsfähigkeit der Gemeinde übersteigende Kreditaufnahme der (teilweisen) Finanzierung von Investitionen dient, die durch Konjunkturförderungsmittel begünstigt werden[1]. Sie machen hierbei die Einschränkung, daß die zusätzliche Verschuldung wegen einer durch die Investitionen zu erwartenden Einnahmeverbesserung "vertretbar" erscheint[2]. Mit "vertretbar" wird nicht "ausgeglichen" gemeint sein, denn anderenfalls wäre schon ein Überschreiten der Schuldendienstgrenze zu verneinen.

Soweit Kunze/Bronner/Rehm es nur der Gemeinde ermöglichen wollen, nützliche aber nicht unabweisbare Investitionen unter Ausnutzung von Konjunkturförderungsmitteln besonders günstig zu finanzieren, ist ihnen entgegenzuhalten, daß schon der Grundsatz der Sparsamkeit, welcher Ausnahmen nicht zuläßt, verbietet, daß die Gemeinde sich zu diesem Zweck über ihre Leistungsfähigkeit hinaus verschuldet. Sollte ihrer Ansicht die Erwägung zugrundeliegen, daß die Gemeinde bei ihrer Verschuldungspolitik auch die Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts berücksichtigen müsse, so wäre zu entgegnen, daß dies nicht zu den Grundsätzen einer geordneten Haushaltswirtschaft gehört, unter denen die Gesamtbetragsgenehmigung allein zu erteilen ist.

---

1 § 87 Anm. II 6a.E.;in diesem Sinne - wiederum entgegen § 103 Abs. 2 S. 3 rhpfGO - auch Ziff. 3.15 des erwähnten Rundschreibens des rhpfMdI v. 20.1.1975 (MinBl. Sp. 114).

2 AaO.

Es wäre somit rechtswidrig, die Genehmigung zu einer die dauernde Leistungsfähigkeit der Gemeinde übersteigenden Kreditermächtigung zu erteilen, nur um die Ausnutzung zinsgünstiger Konjunkturförderungsmittel zu ermöglichen.

3. Kritik an der Formulierung des Gesetzes

Vergleicht man Wortlaut und im Wege der Auslegung ermittelten Inhalt der Bestimmungen in den einzelnen Gemeindeordnungen, so ergibt sich, daß der gesetzgeberische Wille ausgesprochen unglücklich formuliert ist. Dies mag daran liegen, daß der Musterentwurf zum VI. Teil der Gemeindeordnung, auf dem auch die Neuregelung der Gesamtbetragsgenehmigung beruht, einen "Kompromiß zwischen den nicht immer übereinstimmenden Vorstellungen der Beteiligten"[1] darstellt. Dem nachzugehen, ob und welche gegensätzlichen Anschauungen gerade bei der Gesamtbetragsgenehmigung ausgeglichen werden mußten, ist müßig. Vielleicht wollte man sich auch einfach nicht festlegen und schlug deshalb den Gesetzgebern die unscharfe Formulierung mit "soll" im ersten und "in der Regel" im zweiten Satz vor, wobei der zweite Satz sachlich nur einen Unterpunkt des ersten bildet. Immerhin erweckt der Musterentwurf den Eindruck, als hätten zu seinen Verfassern auch Anhänger der Lehre von einem "Kondominium" zwischen Staat und Gemeinde bei der Kreditermächtigung oder der Meinung, daß den Genehmigungsvorbehalten ein Recht zur Ermessensausübung

---

1 Depiereux, aaO., S. 10

eigen sei, gehört, von deren Standpunkt aus eine einengendere Beschreibung der Befugnisse der Aufsichtsbehörde systemwidrig erschienen wäre. Daß die Gesetzgeber sich Gedanken dieser Art nicht zu eigen machen wollten, obwohl sie den Text des Musterentwurfs auch hinsichtlich der Kreditermächtigung im wesentlichen unverändert übernahmen, ergibt sich aber aus den zitierten amtlichen Begründungen.

Der gesetzgeberische Wille, daß die Genehmigung bei Vereinbarkeit der Verschuldung mit einer geordneten Haushaltswirtschaft zu erteilen, bei Nichtvereinbarkeit zu versagen sei, von dem Verbot einer Kreditaufnahme die mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde nicht im Einklang steht, aber in Ausnahmefällen befreit werden könne, hätte etwa wie folgt präziser formuliert werden können:

> "Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn die Kreditaufnahme einer geordneten Haushaltswirtschaft entspricht. Die Aufsichtsbehörde kann die Genehmigung aus zwingenden Gründen auch dann erteilen, wenn die Kreditverpflichtungen mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde nicht im Einklang stehen."

V. Erteilung der Genehmigung unter Bedingungen oder Auflagen

Nach allen Gemeindeordnungen kann die Gesamtbetragsgenehmigung unter Bedingungen erteilt und mit Auflagen verbunden werden[1]. Kriterien für die Zulässig-

---

1 Jeweils Abs. 2 S. 2, 2. Halbs. von § 87 bawüGO; Art. 71 bayGO; § 103 hessGO; § 92 nsGO; § 72 nwGO; § 103 rhpfGO; § 90 saarGO; § 85 shGO.

keit solcher Nebenbestimmungen und Beispiele möglicher Bedingungen oder Auflagen sind jedoch nirgends angegeben.

1. Genehmigung unter Bedingungen

a) Begriff und Wirkung einer Bedingung

Es sind zwei Arten von Bedingungen zu Verwaltungsakten zu unterscheiden: Die aufschiebende Bedingung läßt den Verwaltungsakt erst mit ihrem Eintritt wirksam werden; die auflösende Bedingung beendet die Wirksamkeit des Verwaltungsakts[1]. Da die Rechtswirksamkeit der Haushaltssatzung von ihrer Genehmigung hinsichtlich des Gesamtbetrags der vorgesehenen Kreditaufnahme abhängt, hat die Bedingung auch unmittelbare Auswirkung auf den Bestand der Haushaltssatzung: Bevor eine aufschiebende Bedingung der Genehmigung nicht eingetreten ist, ist die Haushaltssatzung hinsichtlich der Kreditermächtigung nicht genehmigt und daher, wie oben[2] dargelegt, insgesamt unwirksam. Tritt eine auflösende Bedingung ein, verliert die Genehmigung ihren Bestand und die Haushaltssatzung wird mangels Genehmigung der Kreditermächtigung kraftlos.

b) Beispiele denkbarer Bedingungen

Als Bedingung kommt zunächst in Betracht, daß der Gesamtbetrag des Schuldendienstes aus der vorgesehenen Kreditaufnahme eine bestimmte Höhe nicht übersteі-

1 Vgl. § 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG und dazu Meyer, in: Meyer/Borgs, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 36 Rz. 9-11.

2 S. 103.

gen darf[1]. Mit Erreichen des Höchstbetrages würde die Gesamtbetragsgenehmigung und damit auch die Haushaltssatzung für die Zukunft unwirksam. Es handelt sich also um eine auflösende Bedingung. Als aufschiebende Bedingung ist etwa denkbar, daß eine Förderung des Landes tatsächlich bewilligt wird, ohne die die Investitionen, deren Durchführung die vorgesehene Kreditermächtigung dienen soll, nicht finanziert werden können[2].

Fraglich ist schon, ob als Bedingung ein fester Höchstzinssatz für die einzelnen Kreditaufnahmen zulässig sein kann[3]. Gegenargument ist jedenfalls in den Ländern, deren Gemeindeordnungen keine Ermächtigung der Aufsichtsbehörde, sich im Einzelfall die Genehmigung der einzelnen Kreditaufnahme vorzubehalten[4],

---

1 Vgl. Hofmann/Beth/Dreibus, § 103 rhpfGO Anm. 3; Kottenberg/Rehn, § 72 Anm. III 1; Masson/Samper, Art. 71 bayGO Anm. 7; Scheel/Steup, § 72 nwGO Anm. 2, S. 116; RdErl. d. nwIM v. 14.1.1974 (MBl. S. 154) Ziff. 3.1; RdSchr. d. rhpfMdI v. 20.1.1975 (MinBl. Sp. 114) Ziff. 3.16.

2 Vgl. Kunze/Bronner/Rehm § 87 Anm. II 10.

3 Dafür für Rheinland-Pfalz: Hofmann/Beth/Dreibus, § 103 rhpfGO Anm. 3, weil § 103 Abs. 4 Nr. 2 rhpfGO sogar den Vorbehalt einer Einzelgenehmigung zulasse. Dagegen: Depiereux, Das neue Haushaltsrecht der Gemeinden, S. 96; Kottenberg/Rehn, § 72 Anm. III 1; für die Bundesländer in denen eine § 103 Abs. 4 Nr. 2 rhpfGO entsprechende Bestimmung fehlt, auch Hofmann/Beth/Dreibus, aaO

4 Bayern, Baden-Württemberg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Saarland.

kennen, daß eine solche Bedingung der vom Gesetzgeber bewußt abgeschafften Einzelgenehmigung alten Rechts nahezu gleichkäme[1]. Der Einzelgenehmigungsvorbehalt diente ja vor allem der Kontrolle der Höhe des Effektivzinses. Eine solche Bedingung könnte wohl nur als auflösende verstanden werden. Als solche wäre sie aber völlig unpraktikabel, da durch sie der rechtliche Bestand des gesamten Vermögenshaushalts unter Umständen mit einem einzigen Darlehnsvertrag verknüpft würde: nimmt die Gemeinde ein Darlehn zu einem Zinssatz auf, der den zur auflösenden Bedingung der Gesamtbetragsgenehmigung gemachten übersteigt, wird die Genehmigung unwirksam. Ein Fehlen der Genehmigung der Kreditermächtigung führt aber nach dem oben[2] Gesagten zur Nichtigkeit des gesamten Vermögenshaushalts. Bedingungen erscheinen als Nebenbestimmungen zu einer Satzungsgenehmigung wegen der Abhängigkeit der Wirksamkeit der Satzung von ihrem Eintritt ganz allgemein wenig praktikabel[3].

c) Vereinbarkeit einer bedingten Satzungsgenehmigung mit dem Rechtsstaatsprinzip

Die Frage, welche Bedingungen nach den Gemeindeordnungen zulässig und praktikabel sind, bedarf keiner Vertiefung, wenn die Erteilung der Satzungsgenehmigung unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung gegen das Rechtsstaatsprinzip und damit gegen Verfassungsrecht verstößt.

---

1 Vgl. Depiereux, aaO.; Kottenberg/Rehn, aaO.

2 S. 102 f.

3 Vgl. Kunze/Bronner/Rehm, § 87 Anm. II; Rauball/Rauball, § 72 Anm. 7.

Eine aufschiebend oder auflösend bedingte Genehmigung der Kreditermächtigung führt dazu, daß für den Rechtsunterworfenen nur erkennbar ist, ob die gesamte Haushaltssatzung - also auch der Vermögenshaushalt - schon bzw. noch in Kraft ist, wenn er sich davon überzeugt hat, daß die Bedingung eingetreten ist. Dies kann er nicht allein anhand der Haushaltssatzung selbst, der Genehmigungsverfügung oder einer sonstigen Veröffentlichung tun. Um etwa festzustellen, ob die zur Bedingung der Genehmigung gemachte Förderung bestimmter Investitionen durch Bund oder Land bewilligt ist, muß er bei der Gemeinde oder der Bewilligungsbehörde nachfragen. Hierbei kann es geschehen, daß die Beantwortung der Frage Schwierigkeiten bereitet, weil der Bewilligungsbescheid seinerseits wiederum aufschiebende oder auflösende Bedingungen enthält, deren Erfüllung erst einer eigenen Untersuchung bedarf. Ist die Genehmigung etwa unter der auflösenden Bedingung erteilt, daß die Summe der Belastungen aus der im Gesamtbetrag genehmigten Kreditaufnahme einen bestimmten Höchstbetrag nicht überschreitet, muß erst die Belastung aus allen Krediten zusammengerechnet und dabei zugleich möglichen Veränderungen des Zinssatzes[1] Rechnung getragen werden.

Die Maximen der Rechtssicherheit und Normklarheit als Elemente des Rechtsstaatsprinzips gebieten je-

---

1 Solche kurzfristigen Veränderungen des Zinssatzes können sich insbesondere aus sog. Zinsgleitklauseln ergeben. Diese pflegen zwar von den Aufsichtsbehörden nicht gebilligt zu werden, vgl. z.B. jeweils Ziff. 2.7 des RdErl. des nwIM vom 14.1.1974 (MBl. S. 154) und das RdSchr. des rhpfMdI v. 20.1.1975 (MinBl. Sp. 114), werden sich aber nicht immer vermeiden lassen.

doch, daß bestimmbar ist, zu welchem Zeitpunkt ein neues Ortsgesetz in Kraft tritt oder seine Wirksamkeit verliert[1]. Rechtsprechung zur Vereinbarkeit von bedingten Satzungsgenehmigungen mit diesen Grundsätzen liegt nicht vor[2]. Für den Regelfall, daß das Inkrafttreten einer Ortssatzung nur durch die Verkündung, einen Termin oder den Ablauf einer Frist nach Verkündung der Satzung bedingt ist, werden in Rechtsprechung und Schrifttum unterschiedliche Anforderungen an die Bestimmbarkeit des Verkündungsdatums gestellt[3]. Unabhängig von der Beantwortung dieser Frage ist

---

1 So ausdrücklich für das Inkrafttreten einer Haushaltssatzung BVerwG JZ 1972, S. 318. Dasselbe muß für das Außerkrafttreten gelten, womit das BVerwG sich in diesem Urteil nicht zu befassen hatte.

2 Dagegen hat das OVG Münster sich wiederholt zur Befristung einer aufsichtsbehördlichen Satzungsgenehmigung gem. § 77 Abs. 3 S. 1 prKAG v. 14.7.1893 (G.S.S. 152 = PrGS NW S. 7) geäußert, ohne verfassungsrechtliche Bedenken zu erheben. Vgl. die Entscheidungen GemH 1965, S. 46. 1966, S. 166; Kottenberg/Rehn Rspr.-Slg. Nr. 40 zu § 4 nwGO; § 77 Abs. 3 S. 1 prKAG ließ jedoch, wie das OVG Münster, aaO., betont, nur eine präzise Befristung nach Jahren oder - so das Urteil GemH 1966, S. 166, 167 - auch zu einem weiter als ein Jahr entfernten festen Termin zu, also keine Befristung bis zum ungewissen Eintritt eines zukünftigen Ereignisses i.S.d. § 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG.

3 VGH Kassel, DVBl. 1964, S. 886 und OVG Münster, OVGE 22, 44, 47, halten es für ein Gebot des Rechtsstaatsprinzips, daß der Bürger stets an dem Satzungsaushang ohne weiteres Zutun erkennen kann, wann die ausgehängte Vorschrift verbindlich wird. Deshalb müsse der erste Tag des Aushangs als Tag der Bekanntmachung, anhand dessen der Zeitpunkt des Inkrafttretens errechnet werden kann, auf dem ausgehängten Exemplar der Satzung vermerkt sein. Vgl. nunmehr etwa auch § 4 Abs. 3 nw BekanntmVO v. 12.9.1969 (GV.NW.S. 684). Dagegen läßt BVerwG JZ 1972, S. 318 es unter dem Gesichtspunkt des Rechtsstaatsprinzips genügen, wenn der Zeitraum des Aushangs durch andere Beweismittel nachgewiesen werden kann.

zu fordern, daß, sofern das Ortsgesetz nicht einen anderen Zeitpunkt bestimmt, sich aus dem Zeitpunkt der Veröffentlichung ergibt, wann es gelten soll[1].

Diesen Forderungen des Rechtsstaatsprinzips ist bei einer aufschiebend oder auflösend bedingten Satzungsgenehmigung nicht genügt[2]. Denn der Zeitpunkt des Inkrafttretens bzw. Außerkrafttretens ergibt sich weder aus der Satzung selbst noch aus dem Tag der Verkündung, sondern nur aus dem Eintritt eines künftigen ungewissen Ereignisses. Eine Genehmigung der Haushaltssatzung hinsichtlich des Gesamtbetrags der vorgesehenen Kreditaufnahme unter einer Bedingung würde somit gegen das Rechtsstaatsprinzip verstoßen. Die Bestimmungen der Gemeindeordnungen, die zur Erteilung der Gesamtbetragsgenehmigung auch unter einer Bedingung ermächtigen, sind deshalb nichtig.

2. Genehmigung unter Auflagen

a) Begriff und Wirkung einer Auflage

Unter "Auflage" hat man nach Erlaß des Verwaltungsverfahrensgesetzes nur noch eine mit einem Verwaltungsakt verbundene Bestimmung, durch die dem Begünstigten ein Tun, Dulden oder Unterlassen vorgeschrieben

---

1 Vgl. BVerwG JZ 1972, S. 318.

2 Im Ergebnis ebenso Dolde, Genehmigung von Bebauungsplänen unter Maßgaben, BauR 1974, S. 382, 383 für die Erteilung der Genehmigung zu einem Bebauungsplan nach den §§ 11, 6 BBauG.

wird, zu verstehen[1]. Von der Bedingung unterscheidet sich die Auflage dadurch, daß der Bestand der Hauptregelung von ihrer Erfüllung unabhängig ist; der begünstigende Verwaltungsakt, mit dem die Auflage verbunden ist, wird und bleibt wirksam, ob der Begünstigte der Auflage nachkommt oder nicht[2]. Für die Genehmigung der Haushaltssatzung hinsichtlich der Kreditermächtigung bedeutet dies, daß das Inkrafttreten und Außerkrafttreten der Satzung auch hinsichtlich des Vermögenshaushalts nicht davon abhängt, ob die Gemeinde eine mit der Genehmigung verbundene Auflage erfüllt[3]. Die Grundsätze der Rechtssicher-

---

1 Vgl. § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG. In der Gesetzgebung und im Schrifttum bestand allerdings bis in die jüngste Zeit manche terminologische Unklarheit. Insbesondere wurden hinsichtlich der Genehmigung von Satzungen die Begriffe "Auflage" und "Maßgabe" synonym verwandt. So selbst jetzt noch bisweilen bei Scheel/Steup in der Kommentierung zu § 72 Abs. 2 nwGO, z.B. auf S. 116. Zum Streit um die Auslegung des Wortes "Auflage" in § 6 Abs. 3 BBauG s. Dolde, aaO. Bis zur Haushaltsreform 1972/73 hatte sich aber wegen § 28 Abs. 2 Nr. 4 EVwVfG v. 21.9.1970 (BT-Drucks. VI/1173), der mit § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG übereinstimmt, - der gleichlautende § 32 Abs. 2 Nr. 4 EVwVfG v. 18.7.1973 (BT-Drucks. VII/910) wurde erst nach der Haushaltsreform veröffentlicht -, und den Lehrbüchern von Wolff (§ 49) und Forsthoff (§ 11) sowie § 107 Abs. 1 Nr. 3 sh-Landesverwaltungsgesetz v. 18.4.1967 (GVOBl. S. 131) eine allgemein anerkannte Definition der "Auflage" durchgesetzt. Deshalb können die Landesgesetzgeber hiermit nichts anderes gemeint haben.

2 Vgl. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 215.

3 Vgl. Rauball/Rauball, § 72 Anm. 7

heit und Normklarheit stehen deshalb, anders als bei der Bedingung, der Erteilung der Gesamtbetragsgenehmigung unter Auflagen nicht entgegen.

Während der Begünstigte durch eine Bedingung dadurch zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen angehalten wird, daß er in den Genuß der Begünstigung nur kommt, wenn er die Bedingung erfüllt, ist die Auflage als solche vollstreckbar[1]. Da hier die Gemeinde Vollstreckungsschuldner ist, sind allerdings die Beschränkungen, die die Verwaltungsvollstreckungsgesetze der Länder einer Vollstreckung zur Erzwingung von Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen von Behörden setzen[2], zu beachten. Soweit der Gemeinde die Vornahme einer Handlung als Auflage aufgegeben ist, kann die Aufsichtsbehörde die sich daraus ergebende Pflicht der Gemeinde durch das Kommunalaufsichtsmittel der Ersatzvornahme selbst erfüllen. Im übrigen kann sie die Erfüllung von Auflagen in jedem Falle mittelbar dadurch veranlassen, daß sie ein Disziplinarverfahren gegen den Hauptgemeindebeamten wegen Nichterfüllung der diesem kraft Amtes obliegenden Pflicht, den Haushalt im Einklang mit den Gesetzen zu vollziehen, einleiten. Aus der gesetzlichen Ermächtigung zur Verknüpfung der Genehmigung mit Auflagen folgt nämlich die Pflicht der Gemeinde, solche Nebenbestimmungen zu beachten.

---

1 Vgl. Meyer, in Meyer/Borgs, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 36 Rz. 14.

2 Z.B. Art. 29 Abs. 4 bayVwZVG; § 73 hessVwVG; § 66 nwVwVG.

b) Denkbare Auflagen

Der Anspruch auf Erteilung der Genehmigung, wenn die vorgesehene Kreditermächtigung mit den Grundsätzen einer geordneten Haushaltswirtschaft vereinbar ist, würde beeinträchtigt, wenn die Aufsichtsbehörde mit der Genehmigung Auflagen nach ihrem Ermessen verbinden dürfte. Auflagen sind deshalb nur insoweit zulässig, als sie gesetzliche Versagungsgründe ausräumen oder - allenfalls - die Verpflichtung der Gemeinde, ihre Haushaltswirtschaft "geordnet" zu führen, konkretisieren[1]. Von diesem Ausgangspunkt, der sich aus den bisherigen Erörterungen ergibt, erscheinen die im folgenden aufgeführten Auflagen denkbar, wobei Anspruch auf Vollständigkeit nicht erhoben wird. Was im einzelnen im konkreten Fall zulässig und geboten sein kann, muß sich erst durch mehrjährige Anwendung des neuen Haushaltsrechts, welches im Grundsatz ohne eine Genehmigungspflicht für die einzelne Kreditaufnahme auskommen muß, zeigen.

Als - sehr einschneidende - Auflage kann die Aufsichtsbehörde der Gemeinde aufgeben, Kredite nur aufzunehmen, bis ein bestimmter Schuldendienst aus der Neuverschuldung erreicht ist[2]. Überschreiten die neuen Kreditaufnahmen diese Grenze, so bleibt die Haushaltssatzung anders als bei einer auflösenden Bedingung desselben Inhalts wirksam. Der Hauptgemeindebeamte, der die Darlehnsverträge namens der Gemeinde schlösse,

---

1 Vgl. Lüersen/Neuffer, § 92 Anm. 2a.E.; Kunze/Bronner/Rehm, § 87 Anm. II 11.

2 Kottenberg/Rehn, § 72 Anm. III 1; Masson/Samper, Art. 71 bayGO Anm. 7.

beginge jedoch ein disziplinarisch ahndbares Dienstvergehen. Für eine solche Auflage kann in Grenzfällen Anlaß bestehen, wenn die Gemeinde sich ihrer Schuldendienstgrenze nähert und etwa wegen augenblicklicher starker Schwankungen des Zinsniveaus auf dem Kreditmarkt sich im Zeitpunkt der Entscheidung über die Gesamtbetragsgenehmigung nicht abschließend beurteilen läßt, wie groß die Zinsbelastung aus der vorgesehenen Kreditermächtigung sein wird.

Desweiteren kommt als Auflage in Betracht, den durch neue Kreditaufnahmen entstehenden Zins- und Tilgungsaufwand an die sich im Laufe des Haushaltsjahres tatsächlich ergebende Zuführung des Verwaltungshaushalts an den Vermögenshaushalt zu koppeln[1]. Hierfür kann Anlaß bestehen, wenn nicht nur der Schuldendienst aus der vorgesehenen Kreditaufnahme schwer zu berechnen ist, sondern auch nicht auszuschließen ist, daß die Einnahmen oder Ausgaben des Verwaltungshaushalts vom Soll des Haushaltsplans fühlbar abweichen werden.

Die Aufsichtsbehörde kann der Gemeinde auch zur Auflage machen, daß diese zur Begrenzung des Schuldendienstes bestimmte höher verzinsliche Kredite aus Rücklagen ablöst, ehe sie neue Kredite aufnimmt[2]. Auf diese Weise kann sie die Gemeinde indirekt zur Umschuldung zwingen. Eine solche Auflage ist allerdings nur zulässig, wenn der Gemeinde die Kündigung des

---

1 Kunze/Bronner/Rehm, § 87 Anm. II 12 a E.

2 Eine Nebenbestimmung dieses Inhalts ziehen Masson/Samper, Art. 71 bayGO, Anm. 7 als Bedingung in Erwägung.

zurückzuzahlenden Kredits innerhalb des Haushaltsjahres rechtlich möglich ist.

Sofern nach dem bisherigen Verhalten der Gemeinde dazu Veranlassung besteht, kann die Aufsichtsbehörde der Gemeinde auch Auflagen machen, die nur die gesetzlichen Grundsätze einer geordneten Haushaltswirtschaft konkretisieren[1]. So wird etwa eine Auflage zulässig sein, daß das zur Finanzierung der Investitionen vorgesehene Kreditvolumen zu nicht mehr als einem bestimmten Prozentsatz, wenn überhaupt, aus kurzfristigen Krediten bestehen darf. Durch eine solche Kundmachung dessen, was sie für haushaltsrechtlich vertretbar hält, kann der Notwendigkeit späterer Beanstandung von Ratsbeschlüssen vorgebeugt werden. Auch kann auf diese Weise der Hauptgemeindebeamte leichter zur Verantwortung gezogen werden. Ist durch eine solche Auflage der Gemeinde ein bestimmtes Haushaltsgebaren ausdrücklich zur Pflicht gemacht, kann der Hauptgemeindebeamte nicht mehr damit gehört werden, er habe nicht schuldhaft gegen die Grundsätze einer geordneten Haushaltswirtschaft verstoßen, weil er die finanzielle Situation unrichtig beurteilt habe.

c) Unzulässige Auflagen

Mit der Gesamtbetragsgenehmigung verbundene Auflagen dürfen allerdings die Handlungsfreiheit der Gemeinde nicht soweit einengen, daß sie einer Wiedereinführung der im Grundsatz abgeschafften Einzelgenehmigung

1 Vgl. Kunze/Bronner/Rehm, § 87 Anm. II 11; Scheel/Steup, § 72 nwGO Anm. II 2, S. 115; Ziff. 3.1 des RdErl. des nwIM v. 14.1.1974 (MBl. NW S. 154).

gleichkommen[1]. So ist es unzulässig, der Gemeinde aufzugeben, Kredite nur zu ganz bestimmten, engumrissenen Konditionen aufzunehmen[2].

Desweiteren scheiden rein gesamtwirtschaftlich oder konjunkturpolitisch motivierte Auflagen aus, da solche Erwägungen bei der Entscheidung über die Erteilung der Gesamtbetragsgenehmigung nicht statthaft sind[3].

Schließlich darf die Aufsichtsbehörde der Gemeinde auch nicht eine bestimmte Reihenfolge der Investitionen und Investitionsförderungsmaßnahmen, die mit den vorgesehenen Kreditaufnahmen finanziert werden sollen, zur Auflage machen[4]. Denn genehmigungspflichtig ist der Gesamtbetrag der vorgesehenen Kreditaufnahme, nicht der der Investitionen und Investitionsförderungsmaßnahmen. Nur insoweit darf die Aufsichtsbehörde die

---

1 Kottenberg/Rehn, § 72 Anm. III 1; Scheel/Steup, aaO.; Lüersen/Neuffer, § 92 Anm. 2 a.E; Kunze/Bronner/Rehm, § 87 Anm. II 12; Depiereux, aaO., S. 96.

2 Kottenberg/Rehn, aaO.; Depiereux, aaO. A.A. für RhPf. Hofmann/Beth/Dreibus, § 103 rhpfGO Anm. 3, weil § 103 Abs. 4 Nr. 2 rhpfGO sogar den Vorbehalt einer Einzelgenehmigung zuläßt. Dieses Argument ist jedoch nicht sichhaltig. Wenn die Einzelgenehmigung vorbehalten ist, muß die Aufsichtsbehörde, worauf unten noch näher einzugehen sein wird, bei jedem Genehmigungsantrag prüfen, ob der vereinbarte Zinssatz einer geordneten Haushaltswirtschaft entspricht. Dabei ist die augenblickliche Kreditmarktlage zu berücksichtigen. Diese Prüfungspflicht darf sie nicht dadurch umgehen, daß sie im Wege der Auflage starre Konditionen festsetzt.

3 Vgl. oben S. 117 f.

4 A.A. wohl Kunze/Bronner/Rehm, § 87 Anm. II 11.

Genehmigung mit belastenden Nebenbestimmungen verbinden. Schränkte sie die Genehmigung der Kreditermächtigung durch eine Auflage ein, die auf das Investitionsverhalten der Gemeinde abzielte, griffe sie mittels eines belastenden Verwaltungsakts in das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde ein, ohne daß hierfür eine Ermächtigungsgrundlage bestünde.

Endlich wird im Schrifttum vereinzelt[1] die Auffassung vertreten, die Aufsichtsbehörde könne sich in den Ländern, wo sie nicht von den Gemeindeordnungen ausdrücklich zu einem solchen Vorbehalt ermächtigt wird[2], in Grenzfällen die Genehmigung jeder einzelnen Kreditaufnahme als Auflage vorbehalten. Sie könne also gleichsam die im Grundsatz abgeschaffte Einzelgenehmigung des alten Rechts auf diesem Wege wieder einführen. Diese Ansicht ist schon deshalb abzulehnen, weil ein solcher Genehmigungsvorbehalt keine Auflage wäre. Behält sich die Aufsichtsbehörde die Genehmigung der einzelnen Kreditaufnahmen vor, gibt sie der Gemeinde nämlich weder ein Tun, noch ein Dulden, noch ein Unterlassen auf, sondern gibt sich selbst ein Recht und behauptet für den Fall seiner Mißachtung Rechtsfolgen, ohne daß hierfür eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage besteht[3].

---

1 So Masson/Samper, Art. 71 bayGO Anm. 7; Steenbock, Kommunale Haushaltsreform, Tz. 73.

2 Dies sind Bayern, Baden-Württemberg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und das Saarland.

3 Im Ergebnis ebenso Scheel/Steup, § 72 nwGO Anm. II 2, S. 116; Kunze/Bronner/Rehm, § 87 Anm. II 12.

VI. Erteilung der Genehmigung mit Maßgaben?

1. Begriff und Wirkung einer Genehmigung mit Maßgaben

Wird die Genehmigung einer gemeindlichen Satzung mit einer "Maßgabe" erteilt, so ist hierunter nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung[1] und überwiegender Meinung im Schrifttum[2] die Ablehnung der Genehmigung verbunden mit der vorweggenommenen Genehmigung einer Neufassung der Satzung mit dem durch die Maßgabe geforderten Inhalt, zu verstehen.

Ist die Gemeinde mit der Maßgabe einverstanden, muß der Rat einen Beitrittsbeschluß erlassen[3], durch den eine Satzung mit der durch die Maßgabe verlangten

---

1 Z.B. BayVGH v. 5.12.1969, VerwRspr. 21, 567, 569; OVG Münster v. 28.9.1955, OVGE 10, 176, 178; v. 16.8.1967, OVGE 23, 240, 242 ff.; v. 7.5.1969, Kottenberg/Rehn, Rechtspr.-Slg. Nr. 45 zu § 4 nwGO; v. 25.3.1974, aaO. Nr. 65 zu § 4 nwGO; OVG Lüneburg v. 2.10.1966, OVGE 20, 414, 415.

2 Vgl. etwa David, Die Satzungsgewalt der Gemeinden in Nordrhein-Westfalen, S. 87 f.; Lohr, Satzungsgewalt und Staatsaufsicht, S. 107; Wolff/Bachof II, § 77 V c 4.

3 Bedenklich OVG Münster v. 28. 9.1955, OVGE 10, 176, 178 und v. 16.8.1967, OVGE 23, 240, 246, sowie OVG Lüneburg v. 9.1.1970, OVGE 26, 401, wonach ein Beitrittsbeschluß nicht erforderlich sein soll, wenn sich die Maßgabe lediglich auf unwesentliche Punkte, insbesondere die Fassung, bezieht oder eine Erläuterung in einem von der Gemeinde gewählten Sinne enthält. Diese Ansicht, der § 2 Abs. 2 S. 3 nwBekanntmVO indirekt beitritt, leistet Prozessen, die nur um die Frage geführt werden, ob die Maßgabe "wesentlich" und deshalb die Satzung mangels Beitrittsbeschlusses unwirksam ist, Vorschub. Vgl. hierzu auch BayVGH v. 5.12.1969 VerwRspr. 21, 567, 570.

Änderung zustande kommt[1]. Einer erneuten Vorlage an die Aufsichtsbehörde zwecks Einholung ihrer Genehmigung bedarf es dann nicht, da die Satzung in der modifizierten Form bereits vorweg uneingeschränkt genehmigt ist[2]. Aus demselben Grund braucht auch bei der Bekanntmachung der Satzung nicht auf die Maßgabe hingewiesen oder diese gar im Wortlaut veröffentlicht zu werden[3].

Will sich die Gemeinde der Maßgabe nicht beugen, muß sie auf Erteilung der Genehmigung zu der Satzung in der der Aufsichtsbehörde vorgelegten Form klagen[4]. Da in der einer Erteilung der Genehmigung mit einer Maßgabe zunächst die uneingeschränkte Ablehnung der Genehmigung der vorgelegten Satzung liegt, wird diese, wenn der Gemeinderat der Maßgabe nicht beitritt, auch nicht insoweit wirksam, als die Aufsichtsbehörde eine Änderung nicht verlangt hat.

---

1 Der Beitrittsbeschluß kann notfalls auch im Wege der Dringlichkeitsentscheidung ergehen. OVG Münster v. 25.3.1974, Kottenberg/Rehn, Rechtspr.-Slg. Nr. 65 zu § 4 nwGO, S. 265.

2 A.A. nur Peters, Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen, S. 169, der - wohl im Anschluß an die Terminologie der §§ 183, 184 BGB - eine Genehmigung im voraus für "begrifflich" ausgeschlossen hält. Dagegen aber mit Recht David, aaO., und Lohr, aaO., und ihnen folgend OVG Münster v. 16.8.1967, OVGE 23, 240, 245.

3 Vgl. OVG Münster v. 25.8.1967, Kottenberg/Rehn, Rechtspr.-Slg. Nr. 41 zu § 4 nwGO.

4 Der in der Praxis sehr seltene Fall der Klage einer Gemeinde auf Erteilung der uneingeschränkten Genehmigung zu einer nur mit Maßgaben genehmigten Satzung (hier der Hauptsatzung gem. § 7 nsGO) liegt dem Urteil des VG Oldenburg v. 16.11.1967, Kottenberg/Rehn Rechtspr.-Slg. Nr. 54 zu § 4 nwGO/§7 nsGO zugrunde.

Von der Auflage unterscheidet sich die Maßgabe somit dadurch, daß sie - sofern die Gemeinde ihr beitritt - den Satzungstext ändert, während die Auflage die erteilte Genehmigung mit der Anordnung eines Tuns, Duldens oder Unterlassens belastet, dabei aber die Satzung selbst unberührt läßt[1]. Würde die Aufsichtsbehörde die Genehmigung mit der "Auflage" erteilen, die Satzung in einer bestimmten Weise zu ändern, so läge darin in Wirklichkeit eine Maßgabe, die einen Beitrittsbeschluß erforderlich machte[2].

2. Zulässigkeit einer Satzungsgenehmigung mit Maßgaben

Die Gemeindeordnungen sehen Maßgaben weder zur Genehmigung der Haushaltssatzung hinsichtlich des Gesamtbetrags der Kreditaufnahme noch zu sonst einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung vor. Gleichwohl ist die Zulässigkeit von Maßgaben zu Satzungsgenehmigungen, insbesondere zu solchen nach den Kommunalabgabengesetzen der einzelnen Bundesländer in Rechtsprechung und Schrifttum seit langem anerkannt[3]. Dem hat sich indirekt auch die nordrhein-westfälische Bekanntmachungsverordnung angeschlossen, indem sie in § 2

---

1 Vgl. OVG Münster v. 15.8.1967, OVGE 23, 240, 244.

2 Vgl. BayVGH v. 5.12.1969, VerwRspr. 21, 567, 569; Schrödter, Bundesbaugesetz, § 6 Rz. 8; Deus, Die aufsichtsbehördliche Genehmigung von Satzungen der Gemeinden, SKV 1970, S. 284, 285.

3 So etwa im Anschluß an die Rechtsprechung der PrOVG (PrVBl. 48, 236; 49, 91; prOVGE 82, 131, 133; 85, 214, 223 f.) z.B. OVG Münster v. 16.8.1967, OVGE 23, 240, 244 u. v. 7.5.1969, Kottenberg/Rehn Rechtspr.-Slg. Nr. 45 zu § 4 nwGO.

Abs. 1 Satz 3 vorschreibt, daß der Gemeindedirektor einen "erneuten Beschluß des Rates (Beitrittsbeschluß)" herbeiführt, "sofern Maßgaben in aufsichtsbehördlichen Genehmigungen dies erforderlich machen". Gleichwohl bleibt zu untersuchen, ob auch gerade die Genehmigung des Gesamtbetrags der Kreditaufnahme im Rahmen der Haushaltssatzung mit Maßgaben erteilt werden kann.

Da die Aufsichtsbehörde nur den Gesamtbetrag der Kreditaufnahme zu genehmigen hat, nicht auch die Kreditkonditionen oder gar die einzelnen Kreditverträge, und dabei allein zu prüfen hat, ob dieser Betrag mit einer geordneten Haushaltswirtschaft vereinbar ist, kommt als Maßgabe nur eine Herabsetzung der Kreditermächtigung in Betracht. Ein bloßer Beitrittsbeschluß zu einer solchen Kürzung der Kreditermächtigung würde aber eine teilnichtige Haushaltssatzung entstehen lassen, da der Vermögenshaushalt nicht mehr ausgeglichen wäre[1]. Einer Herabsetzung des Gesamtbetrags der Kreditaufnahme muß also entweder eine Erhöhung anderer Einnahmen oder aber eine Kürzung von Ausgaben gegenüberstehen[2].

---

1 Die §§ 92 Abs. 3 hessGO, 82 Abs. 3 nsGO, 62 Abs. 3 nwGO, 80 Abs. 3 saarGO und 75 Abs. 3 shGO gebieten zwar im Gegensatz zu § 80 Abs. 2 S. 2 bawüGO, Art. 64 Abs. 3 bayGO und § 93 Abs. 3 rhpfGO den Ausgleich des Haushaltsplans nur als Sollvorschrift. Jedoch stellt die bloße Tatsache der Versagung der Genehmigung der Kreditermächtigung keinen "atypischen Fall" dar, der ein Abweichen von der gesetzlichen Regel rechtfertigt. Die Gemeinde muß in jedem Fall zunächst prüfen, ob eine Kürzung von Ausgaben oder Erhöhung anderer Einnahmen möglich ist.

2 Vgl. Scheel/Steup, § 72 nwGO Anm. II2, S. 115, die jedoch nur einen Haushaltsausgleich durch Herabsetzung von Ausgaben, nicht auch durch Erhöhung anderer Einnahmen ins Auge fassen.

Könnte die Aufsichtsbehörde nun in eine Maßgabe zum Ausgleich der Herabsetzung der Kreditermächtigung etwa eine Verminderung des Investitionsvolumens, eine Erhöhung der Einnahmen aus der Auflösung von Rücklagen oder der Veräußerung zur Aufgabenerfüllung nicht benötigter Grundstücke aufnehmen, so hätte sie dadurch die Möglichkeit, auch auf die Ausgestaltung nicht genehmigungspflichtiger Teile der Haushaltssatzung Einfluß zu nehmen. Der Gemeinderat ist zwar nicht verpflichtet, einer Maßgabe beizutreten, sondern kann auf Genehmigung der unveränderten oder eigenständig geänderten Satzung klagen; doch birgt die Möglichkeit einer Genehmigung mit Maßgaben immer die Gefahr in sich, daß der Rat kritiklos im Wege des Beitrittsbeschlusses sich den von der Aufsichtsbehörde gewünschten Satzungstext zu eigen macht und damit nicht die rechtliche, wohl aber die polititsche Verantwortung weitgehend auf diese verlagert.

Soweit nun Satzungen einer präventiven aufsichtlichen Genehmigung bedürfen, ist die Abhängigkeit der Gemeinde von der Aufsichtsbehörde ohnehin schon wegen der bereits erörterten[1] Schwierigkeiten, ausreichenden vorläufigen Rechtsschutz gegen die Genehmigungsversagung zu erhalten, verglichen mit dem allgemeinen Beanstandungsrecht besonders stark, was andererseits der Genehmigung eine nicht unerhebliche Entlastungs-

---

1 S. oben S. 140 f.

wirkung[1] für Rat und Verwaltung zukommen läßt. Das läßt es vertretbar erscheinen, daß die Aufsichtsbehörde durch eine Genehmigung mit Maßgaben de facto positiv gestaltend Einfluß auf den Satzungsinhalt nehmen kann, soweit er ihrer Zustimmung bedarf. Die gesetzliche Aufgabenverteilung, wonach die Gemeinde die Satzung zu erlassen, die Aufsichtsbehörde ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen hat, würde aber ins Gegenteil verkehrt, wenn die Aufsichtsbehörde durch Maßgaben auch für die Ausgestaltung nicht genehmigungspflichtiger Teile der Satzung Vorschläge machen könnte, die durch einen einfachen Beitrittsbeschluß des Rates zum Ortsgesetz würden.

Die Erteilung einer Genehmigung zu einer gemeindlichen Satzung mit Maßgaben ist deshalb unzulässig, soweit sich die Maßgaben auch auf nicht genehmigungspflichtige Teile des Ortsgesetzes erstrecken. Als Maßgabe bezüglich der Kreditermächtigung kommt nur eine Herabsetzung in Betracht. Eine solche Maßgabe verstieße aber, wie oben dargelegt, nur dann nicht gegen das Gebot der Ausgeglichenheit des Haushaltsplans, wenn sie zugleich eine Erhöhung anderer Einnahmen oder Senkung von Ausgaben vorsähe, die nicht der Genehmigungspflicht unterliegen. Daraus folgt, daß eine Erteilung der Gesamtbetragsgenehmigung mit Maßgaben rechtlich nicht möglich ist.

---

1 Eine (teilweise) Entlastung der leitenden Gemeindebeamten im Sinne der einschlägigen Vorschriften der Gemeindeordnungen, z.B. Art. 88 Abs. 4 S. 1 bayGO, § 81 Abs. 1 nwGO, § 114 Abs. 1 rhpfGO, kann in der Genehmigung der Aufsichtsbehörde nie liegen, da für die Entlastung stets der Rat zuständig ist. Vgl. Bonse, Die Entlastung der leitenden Gemeindebeamten, S. 43 ff.

VII. Genehmigung nur eines Teils der Kreditermächtigung?

Es bleibt zu prüfen, ob die Aufsichtsbehörde ihre Genehmigung auf einen Teilbetrag der Kreditermächtigung beschränken kann, wenn sie zu der Auffassung kommt, daß der in der Haushaltssatzung angegebene Gesamtbetrag der Kreditaufnahme die Grenzen des mit den Grundsätzen einer geordneten Haushaltswirtschaft Vereinbaren übersteigt. In der Genehmigung nur eines Teilbetrags der Kreditermächtigung läge eine teilweise Versagung. Von einer Genehmigung mit Maßgaben unterschiede sie sich dadurch, daß die Haushaltssatzung hinsichtlich des genehmigten Teilbetrags sofort zustande käme, ohne daß es insoweit eines Beitrittsbeschlusses des Rates bedürfte. Es bliebe der Gemeinde dann unbenommen, auf Erteilung der uneingeschränkten Genehmigung zu klagen.

Eine teilweise Gewährung einer beantragten Begünstigung ist allgemein zulässig, wenn die Leistung der Behörde teilbar ist[1]. So kommt eine teilweise Gewährung unter Ablehnung des weitergehenden Antrags insbesondere bei Geldleistungen wie der Bewilligung einer Rente[2] oder einer Enteignungsentschädigung in Betracht. Mit begünstigenden Verwaltungsakten solchen Inhalts ist aber die Genehmigung der Kreditermächtigung nicht vergleichbar, obwohl der Gesamtbetrag der vorgesehenen Kreditaufnahme rechnerisch teilbar ist. Denn die Aufsichtsbehörde gewährt der Gemeinde nicht selbst eine Geldleistung, sondern genehmigt eine Satzung hinsichtlich eines ihrer Bestandteile. Wäre die Genehmigung

---

1 Wolff/Bachof I, § 49 I f.

2 Wolff/Bachof, aaO.

eines Teils der Kreditermächtigung zulässig, so würde eine Satzung entstehen, die der Gemeinderat in dieser Form nicht beschlossen hat. Zudem läge ebenso wie bei einer Genehmigung mit der Maßgabe, daß die Kreditermächtigung auf einen bestimmten Betrag zu kürzen sei, ein Verstoß gegen das gesetzliche Gebot der Ausgeglichenheit des Haushaltsplans vor, da für eine dem nicht genehmigten Teil der Kreditermächtigung entsprechende Erhöhung anderer Einnahmen oder Kürzung von Ausgaben nicht gesorgt wäre.

Eine Beschränkung der Genehmigung auf einen Teilbetrag der Kreditermächtigung ist somit rechtlich nicht möglich[1]. Hält die Aufsichtsbehörde den Gesamtbetrag der im Vermögenshaushalt vorgesehenen Kreditaufnahme für mit den Grundsätzen einer geordneten Haushaltswirtschaft nicht vereinbar, so kann sie folglich nur die Genehmigung versagen und die Gemeinde auffordern, eine geänderte Satzung vorzulegen. Sie kann hierbei der Gemeinde zur Erleichterung der Genehmigungsfähigkeit der neuen Satzung Hinweise geben. Sie darf aber die Genehmigung nicht für den Fall, daß die Gemeinde die bisher vorgesehene Kreditermächtigung auf einen bestimmten Betrag herabsetzt, verbindlich zusagen. Sie muß zunächst abwarten, inwieweit die Gemeinde Ausgaben kürzen oder andere Einnahmen erhöhen will. Erst dann kann sie abschließend prüfen, ob die nunmehr vorgesehene Neuverschuldung mit den Grundsätzen einer geordneten Haushaltswirtschaft vereinbar ist.

---

1 A.A.-jedoch ohne auf das Problem einzugehen - Kunze/Bronner/Rehm, § 87 Anm. II 10; Ziff. 3.14 des RdSchr. des rhpfMdI v. 20.1.1975 (MinBl. Sp. 114).

§ 9 Die Genehmigung der Haushaltssatzung hinsichtlich des Höchstbetrags der Kassenkredite

I. Der Genehmigungsvorbehalt

Der in der Haushaltssatzung festgesetzte Höchstbetrag der Kassenkredite bedarf der Genehmigung der Aufsichtsbehörde in Baden-Württemberg[1] und Hessen[2], wenn er 1/5, in Bayern[3], Niedersachsen[4], Nordrhein-Westfalen[5] und Rheinland Pfalz[6], wenn er 1/6 der im Verwaltungshaushalt veranschlagten Einnahmen übersteigt. In Schleswig-Holstein bedarf nach der Gemeindeordnung der Höchstbetrag stets der Genehmigung, doch ist der Innenminister ermächtigt, durch Rechtsverordnung allgemein von der Genehmigungspflicht bis zu einem bestimmten Höchstbetrag freizustellen[7]. Von dieser Ermächtigung hat er in § 3 der Verordnung vom 8.5.1973[8] Gebrauch gemacht. Danach bedarf der Höchstbetrag einer Genehmigung nicht, wenn er 20% der Einnahmen des Verwaltungshaushalts nicht übersteigt; Kassenkredite, die im Zeitpunkt der Bekanntmachung der neuen Haushaltssatzung nicht zurückgezahlt sind, sind auf den genehmigten Höchstbetrag anzurechnen. Im Saarland besteht nach der jüngsten Neufassung der Gemeindeordnung keinerlei Genehmigungspflicht für den Höchstbetrag der Kassenkredite[9].

---

1 § 89 Abs. 2 bawüGO.
2 § 105 hessGO.
3 Art. 73 Abs. 2 Buchst. a bayGO.
4 § 94 Abs. 2 nsGO.
5 § 74 Abs. 2 nwGO.
6 § 105 Abs. 2 rhpfGO.
7 § 87 Abs. 2 shGO.
8 GVOBl. S. 220.
9 Vgl. § 92 saarGO.

II. Kriterien der Genehmigungserteilung

Die Gemeindeordnungen nennen nur Voraussetzungen für die Aufnahme der einzelnen Kassenkredite, nicht aber für die Genehmigung ihres in der Haushaltssatzung festzusetzenden Höchstbetrages. Wenn eine Rechtsnorm nur allgemein eine Genehmigung vorschreibt, oder sonst die Behörde zum Erlaß eines Verwaltungsaktes ermächtigt, ohne die Voraussetzungen dafür abschließend zu regeln, so ist daraus zumeist die Einräumung von Ermessen zu entnehmen[1]. Eine Auslegung des Genehmigungsvorbehalts für den Höchstbetrag der Kassenkredite in dem Sinne, daß er auch Zweckmäßigkeitserwägungen der Aufsichtsbehörde zulasse, verbietet sich aber schon wegen des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden von Verfassungs wegen[2].

Kassenkredite dürfen nur zur Vermeidung von Liquiditätsengpässen aufgenommen werden und auch nur, soweit andere Mittel nicht zur Verfügung stehen[3]. Als "andere Mittel" kommen vor allem vorübergehende Entnahmen aus der allgemeinen Rücklage und aus den Sonderrücklagen der Gemeinde selbst wie auch ihrer Sondervermögen ohne Sonderrechnung in Betracht[4]. Je größer der durch die Festsetzung in der Haushaltssatzung zugelassene Höchstbetrag ist, desto größer ist auch die Ge-

---

1 Kopp, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 40 Anm. 3a.

2 Dennoch gehen Scheel/Steup, § 74 nwGO Anm. II 2, und Galette/Laux/v. Scheliha, § 87 shGO Anm. 3, von einem Ermessen der Aufsichtsbehörde aus.

3 § 89 Abs. 1 S. 1 bawüGO, Art. 72 Abs. 1 S. 1 bayGO; § 105 Abs. 1 S. 1 hessGO; § 94 Abs. 1 S. 1 nsGO; § 74 Abs. 1 S. 1 nwGO; § 105 Abs. 1 S. 1 rhpfGO; § 92 Abs. 1 S. 1 saarGO; § 87 Abs. 1 S. 1 shGO.

4 Kunze/Bronner/Rehm, § 89 Anm. I 7,8; Scheel/Steup, § 74 nwGO Anm. II 1.

fahr eines Mißbrauchs des Kassenkredits zur Deckung von Haushaltsdefiziten. Dem soll der Genehmigungsvorbehalt vorbeugen. Die Festsetzung des Höchstbetrages ist daher rechtswidrig, wenn sie zur Aufnahme eines größeren Kassenkreditvolumens ermächtigt, als es die Gemeinde unter Berücksichtigung sonstiger verfügbarer Mittel zur Behebung von Liquiditätsengpässen benötigen wird.

Da der Höchstbetrag von den Erwartungen der Gemeinde über ihren Liquiditätsbedarf im Laufe des Haushaltsjahres abhängt, ist er einer Rechtmäßigkeitskontrolle wenig zugänglich. Zwar müßte es möglich sein, daß die Aufsichtsbehörde der Gemeinde eine Liquiditätsplanung aufzeigt, die zu einem geringeren Zwischenfinanzierungsbedarf führt - eine abschließende Beurteilung dieses Problems ist nur dem Ökonomen möglich. Eine solche Planung könnte jedoch auch nicht frei von Unsicherheitsfaktoren sein. Denn es ist nie auszuschließen, daß etwa ein verbindlich zugesagter Zuschuß des Landes zu einer Investition erst im Herbst eingeht, statt wie geplant im Sommer, daß sich die Veräußerung eines Grundstücks aus unvorhergesehenen Gründen verzögert, oder auch nur, daß Abgaben wegen einer plötzlichen Wirtschaftskrise in größerem Umfang später als zu den Fälligkeitsterminen entrichtet werden. Die Aufsichtsbehörde muß deshalb der Gemeinde in jedem Fall einen angemessenen Spielraum lassen. Versagen kann sie die Genehmigung nur, wenn sie nachweist, daß der von der Gemeinde festgesetzte Höchstbetrag sich nicht mehr innerhalb der Toleranzgrenze hält. Ist ihr dies nicht möglich, muß sie die Einschätzung der Gemeinde hinnehmen und die Genehmigung erteilen.

Eine Methode für die Ermittlung des voraussichtlichen Liquiditätsbedarfs der Gemeinde aufzuzeigen, ist Aufgabe der Wirtschaftswissenschaften. Auch der Jurist darf jedoch darauf hinweisen, daß die bisherige Annahme, ein Höchstbetrag von 1/6 des ordentlichen Einnahmesolls reiche regelmäßig aus, dadurch zweifelhaft geworden ist, daß Kassenkredite nunmehr auch zur Vorfinanzierung von Einnahmen des Vermögenshaushalts aufgenommen werden dürfen, also die "Zwischenkredite" des alten Rechts ersetzt haben[1]. Gerade im Vermögenshaushalt kann sich aber vor allem im Zusammenhang mit der Veräußerung von Grundstücken ein besonders hoher und gelegentlich schwer vorausberechnender Vorfinanzierungsbedarf ergeben. Es erscheint deshalb schwer verständlich, daß die Gemeindeordnungen übereinstimmend den regelmäßigen Höchstbetrag nach wie vor nur mit einem Bruchteil der Soll-Einnahmen des Verwaltungshaushalts und nicht auch des Vermögenshaushalts angeben.

---

1 Zur auch aus anderen Gründen zunehmenden Bedeutung des Kassenkredits nach dem neuen Haushaltsrecht vgl. Depiereux, Das neue Haushaltsrecht der Gemeinden, S. 102 f.; Rauball/Rauball, § 74 Anm. 2; Kunze/Bronner/Rehm, § 89 Anm. I 4; Scheel/Steup, § 74 nwGO Anm. I.

§ 10 Der Vorbehalt der Einzelgenehmigung in Hessen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein

I. Der Genehmigungsvorbehalt

Nach den Gemeindeordnungen von Hessen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein bedarf die Aufnahme jedes einzelnen der bereits im Gesamtbetrag genehmigten Kredite der Genehmigung, wenn sich die Kommunalaufsichtsbehörde dies wegen einer möglichen "Gefährdung der dauernden Leistungsfähigkeit" der Gemeinde "in der Gesamtgenehmigung" vorbehalten hat[1].

Der Vorbehalt der Einzelgenehmigung ist keine Auflage, weil mit ihm der Gemeinde kein Tun, Dulden oder Unterlassen aufgegeben wird[2]. Er ist auch keine Bedingung[3]. Denn weder der Eintritt noch der Wegfall der Gesamtbetragsgenehmigung hängt von dem ungewissen Eintritt eines zukünftigen Ereignisses[4] ab. Die Gesamtbetragsgenehmigung wird vielmehr sofort wirksam und bleibt es auch, wenn ein einzelner Kreditvertrag nicht genehmigt wird.

Darin, daß die Aufsichtsbehörde nach dem Wortlaut der Gemeindeordnungen die Genehmigung der einzelnen Kreditaufnahme "in der Gesamtgenehmigung" vorbehalten

---

1 § 103 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 hessGO; § 103 Abs. 4 Nr. 2 rhpfGO; § 85 Abs. 4 Nr. 2 shGO.

2 So die Legaldefinition der Auflage in § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG. Ebenso Wolff/Bachof I, § 49 Id.

3 So aber Hofmann/Beth/Dreibus, § 103 rhpfGO Anm. 5

4 Vgl. die Legaldefinition der Bedingung in § 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG und Wolff/Bachof I, § 49 Ib.

kann, liegt somit nicht die Ermächtigung zu einer Nebenbestimmung. Der Vorbehalt ist demnach ein selbständiger belastender Verwaltungsakt, den die Aufsichtsbehörde unter bestimmten, im folgenden zu untersuchenden Voraussetzungen erlassen kann. Ordnete das Gesetz nicht ausdrücklich an, daß die Einzelgenehmigung "in der Gesamtgenehmigung", also gleichzeitig mit dieser, vorzubehalten ist, wäre es durchaus denkbar, daß die Aufsichtsbehörde zu einem späteren Zeitpunkt ausspricht, daß von nun an sämtliche Kreditverträge ihrer Genehmigung bedürfen.

II. Voraussetzungen des Vorbehalts der Einzelgenehmigung

Der Vorbehalt der Einzelgenehmigung bildet eine Ausnahme von der durch die Haushaltsreform eingeführten grundsätzlichen Beschränkung der Aufsichtsbehörde auf eine präventive Kontrolle des Gesamtbetrags der vorgesehenen Kreditaufnahme. Er setzt nach dem Wortlaut des Gesetzes eine "Gefährdung" der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde voraus. Liegt eine solche Gefährdung nicht vor, ist der Vorbehalt rechtswidrig.

Da das Gesetz ausdrücklich auf eine Gefährdung der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde abstellt, können konjunkturpolitische oder gesamtwirtschaftliche Erwägungen die Einführung der Einzelgenehmigungspflicht nicht rechtfertigen. Ein Einzelgenehmigungsvorbehalt, der etwa nur dem Zweck diente, im Falle einer Konjunkturüberhitzung eine Beschränkung der Kreditaufnahme und damit der Investionen durchzusetzen, wäre rechtswidrig. Dasselbe gilt für den Fall, daß die Aufsichtsbehörde sich mit dem Vorbehalt der Einzel-

genehmigung nur eine Möglichkeit schaffen will, allein zur Pflege des Kapitalmarkts auf die von der Gemeinde vereinbarten Kreditkonditionen Einfluß zu nehmen[1].

Der Begriff der "Gefährdung" der dauernden Leistungsfähigkeit ist im Gesetz nicht näher definiert. Die Gesamtbetragsgenehmigung ist regelmäßig[2] - in Rheinland-Pfalz stets[3] - zu versagen, wenn die Kreditverpflichtungen mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde nicht im Einklang stehen. Daraus ist zu folgern, daß das Gesetz die dauernde Leistungsfähigkeit als gefährdet ansieht, wenn zu erwarten ist, daß die Neuverschuldung zu einer noch tragbaren Belastung führen wird - sonst wäre die Genehmigung der Kreditermächtigung zu versagen - jedoch auch das Gegenteil nicht auszuschließen ist. Eine solche Unsicherheit kann sich in Zeiten schnell schwankender Bedingungen auf dem Kreditmarkt ergeben. Der Vorbehalt der Einzelgenehmigung kommt deshalb insbesondere dann in Betracht, wenn die vorgesehene Kreditermächtigung unter Zugrundelegung des Zinsniveaus auf dem Kreditmarkt im Zeitpunkt der Satzungsgenehmigung mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde vereinbar erscheint, bei einem Steigen des Marktzinses

---

1 Vgl. etwa die amtl. Begründung zu § 103 hessGO (LT-Drucks. 7/2659), die allein auf die dauernde Leistungsfähigkeit der Gemeinde abstellt. Ebenso Ziff. 3.16 des RdSchr. des rhpfMdI v. 20.1.1975 (MinBl. Sp. 114) und der RdErl. des shIM v. 3.12. 1973 (Amtsbl. Schl.-H. S. 1111).

2 Vgl. § 103 Abs. 2 S. 3 hessGO; § 85 Abs. 2 S. 3 shGO. Dazu oben S. 143 ff.

3 Vgl. § 103 Abs. 2 S. 3 rhpfGO und oben S.142 f.

dagegen die Verschuldungsgrenze überschritten würde[1].

Die gesetzliche Ermächtigung zum Vorbehalt der Einzelgenehmigung in Hessen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein birgt die Gefahr in sich, daß die Aufsichtsbehörde den Schwerpunkt der Überprüfung der dauernden Leistungsfähigkeit von der Entscheidung über die Erteilung der Gesamtbetragsgenehmigung auf die Beurteilung der einzelnen Kreditverträge verschiebt[2]. Die Gemeinde wird aber regelmäßig in eine mißliche Lage kommen, wenn die Aufsichtsbehörde nach erteilter Gesamtbetragsgenehmigung im Laufe des Haushaltsjahres die Zustimmung zu weiterer Kreditaufnahme mit der Begründung versagt, die Schuldendienstbelastung habe nunmehr die Grenze der dauernden Leistungsfähigkeit erreicht. So wird sie nicht selten bereits angefangene Investitionen nicht zu Ende führen[3] oder aber früher eingegangene Verpflichtungen nicht oder nicht fristgerecht er-

---

1 Nach Ziff. 3.3 des auf S. 182 Fn. 1 erwähnten Runderlasses des shIM ist der Vorbehalt der Einzelgenehmigung in folgenden Fällen regelmäßig notwendig:
1. Wenn der Haushalt nicht ausgeglichen ist;
2. wenn das ablaufende Haushaltsjahr voraussichtlich mit einem Fehlbetrag abschließen wird;
3. wenn die Gemeinde in den vorausgegangenen 3 Jahren die Gewährung einer Bedarfszuweisung zur Abdeckung eines unvermeidbaren Haushaltsfehlbetrages beantragt hatte;
4. wenn die Zuführung des Verwaltungshaushalts an den Vermögenshaushalt nicht so hoch ist, daß aus ihr die planmäßige Tilgung von Krediten und die notwendigen Zuführungen an die allgemeine Rücklage gem. § 19 Abs. 2 shGemHVO gedeckt werden können;
5. wenn eine Zuführung an den Verwaltungshaushalt vorgesehen ist.

2 Zu einer solchen Verfahrensweise ermuntert der erwähnte RdErl. des shIM geradezu.

3 Bei strenger Beachtung von § 27 der GemHVOen - in NS § 28, in SH § 26 - dürfte eine solche Situation allerdings eigentlich nicht eintreten.

füllen können. Deshalb darf die Einführung der Einzelgenehmigungspflicht nur als äußerster Notbehelf für wirkliche Grenzfälle dienen[1].

III. Voraussetzungen der Erteilung der vorbehaltenen Einzelgenehmigung

Nach welchen Kriterien die Aufsichtsbehörde über einen Antrag auf Genehmigung eines einzelnen Kreditvertrages zu entscheiden hat, sagt das Gesetz nicht ausdrücklich. Die generelle Einzelgenehmigung des bis zur Haushaltsreform geltenden Rechts stand nach der damals herrschenden Meinung im pflichtgemäßen Ermessen der Aufsichtsbehörde[2], wenn hiermit auch nicht selten nur das gemeint war, was man nach jetzigem Sprachgebrauch als gebundene Entscheidung mit Beurteilungsspielraum bezeichnen würde. Es spricht jedoch nichts dafür, daß die Gesetzgeber in Hessen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein die Einführung der Einzelgenehmigungspflicht alter Art durch die Aufsichtsbehörde wieder zulassen wollten. Sonst hätten sie nicht die Zulässigkeit des Vorbehalts der Einzelgenehmigung ausdrücklich an die Voraussetzung der Gefährdung der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde geknüpft. Es wäre mit dem Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde auch unvereinbar, die Erteilung der Genehmigung in das Ermessen der Aufsichtsbehörde zu stellen[3].

---

1 Vgl. Hofmann/Beth/Dreibus, § 103 rhpfGO Anm. 5, die jedoch nur auf den Gesichtspunkt der Verwaltungsvereinfachung abstellen.

2 Vgl. Surén, Gemeindewirtschaftsrecht, S. 904 f.

3 Vgl. oben S. 99.

Daß Voraussetzung der Einführung der Einzelgenehmigungspflicht ausdrücklich eine Gefährdung der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde ist, legt den Schluß nahe, daß diese auch alleiniges Kriterium für die Entscheidung der Aufsichtsbehörde über den einzelnen Kreditvertrag ist. Die Gemeinde hat somit Anspruch auf Erteilung der Einzelgenehmigung, wenn durch die Verpflichtungen aus dem Kreditvertrag die Grenzen ihrer dauernden Leistungsfähigkeit nicht überschritten werden[1].

Es bleibt aber zu prüfen, ob die Aufsichtsbehörde die Einzelgenehmigung versagen m u ß , wenn durch die Verpflichtungen aus dem Kreditvertrag die Grenze der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde überschritten würde. Die jeweiligen Vorschriften über den Vorbehalt der Einzelgenehmigung in den drei Gemeindeordnungen sagen hierzu nichts. Nach der allgemeinen Regel, wonach die Gemeinde ihre Haushaltswirtschaft so zu führen hat, daß die stetige Erfüllung ihrer Aufgaben gesichert ist[2], müßte die Genehmigung stets versagt werden, sobald die Grenze der dauernden Leistungsfähigkeit erreicht ist, da die Aufsichtsbehörde nichts Rechtswidriges billigen darf.

Für Rheinland-Pfalz kommt ein anderes Ergebnis nicht in Betracht, auch wenn es dadurch im Einzelfall der

---

1 Nach Ziff. 3.21 des RdSchr. des rhpfMdI v. 20.1. 1975 (MinBl. Sp. 114) hat die Aufsichtsbehörde dagegen die Beachtung sämtlicher in dieser Verwaltungsvorschrift aufgestellten Grundsätze für die kommunale Kreditwirtschaft zu überprüfen.

2 Vgl. § 92 Abs. 1 S. 1 hessGO; § 93 Abs. 1 S. 1 rhpfGO; § 75 Abs. 1 S. 1 shGO. S. a. oben S. 108.

Gemeinde unmöglich gemacht wird, bereits eingegangene Verpflichtungen zu erfüllen. Denn anders als die entsprechenden Bestimmungen der übrigen Gemeindeordnungen[1] schreibt § 103 Abs. 2 S. 3 rhpfGO zwingend vor, daß die Gesamtbetragsgenehmigung zu versagen ist, wenn die Kreditverpflichtungen mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde nicht im Einklang stehen[2]. Es spricht nichts dafür, daß für die Einzelgenehmigung etwas anderes gelten soll.

In Hessen und Schleswig-Holstein ist dagegen durch § 103 Abs. 2 S. 3 hessGO bzw. § 85 Abs. 2 S. 3 shGO für den Gesamtbetrag der Kreditaufnahme eine Ausnahme von der Regel zugelassen, daß die Gemeinde sich nur im Rahmen ihrer dauernden Leistungsfähigkeit verschulden darf. Nach Systematik und Zweck von § 103 hessGO und § 85 shGO soll der Vorbehalt der Einzelgenehmigung der Aufsichtsbehörde nur die Möglichkeit geben, die Beachtung des Grundsatzes, daß Kredite nur im Rahmen der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde aufgenommen werden dürfen, auch anhand jedes einzelnen Kreditvertrages erneut zu prüfen[3]. Das bedeutet aber, daß insoweit für die Genehmigung der einzelnen Kreditaufnahme dasselbe gilt, wie für die gesamte Kreditermächtigung: Die Genehmigung ist regelmäßig zu versagen, wenn die Grenze der dauernden Leistungsfähigkeit erreicht ist. In zwingenden Ausnahmefällen kann und muß sie jedoch erteilt werden. Insoweit gilt das oben[4] Gesagte entsprechend.

---

1 § 103 Abs. 2 S. 3 hessGO; § 85 Abs. 2 S. 3 shGO.

2 Vgl. oben S. 142 f.

3 Vgl. Galette/Laux/v. Scheliha, § 85 shGO Anm. 5b.

4 S. 143 ff.

§ 11 Die Einzelgenehmigung nach Erlaß einer Rechtsverordnung aufgrund von § 19 StWG

1. Voraussetzungen und Umfang der Genehmigungspflicht

Nach allen Gemeindeordnungen bedarf jede Kreditaufnahme der Genehmigung der Aufsichtsbehörde, sobald eine Rechtsverordnung aufgrund von § 19 StWG ergangen ist[1]. Durch eine solche Rechtsverordnung kann die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts auch für die Gemeinden[2] die Kreditaufnahme im Rahmen der in den Haushaltssatzungen ausgewiesenen Kreditermächtigungen[3] beschränken:

Die Kreditaufnahme kann für einen Zeitraum von nicht mehr als einem Jahr[4] auf einen Höchstbetrag begrenzt werden[5]. Dieser muß mindestens 80% der Summe betragen,

---

1 § 87 Abs. 4 S. 1 bawüGO; Art. 71 Abs. 4 S. 1 bayGO; § 103 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 hessGO; § 92 Abs. 4 S. 1 nsGO; § 72 Abs. 4 S. 1 nwGO; § 103 Abs. 4 Nr. 1, 1. Halbs. rhpfGO; § 90 Abs. 4 S. 1 saarGO; § 84 Abs. 4 Nr. 1 shGO.

2 Neben dem Bund, den Ländern, den Gemeindeverbänden, den öffentlichen Sondervermögen und den Zweckverbänden. Die Verordnung braucht sich nicht auf alle nach dem Gesetz möglichen Adressaten zu erstrecken. Art. 3 GG würde jedoch eine sachwidrige Differenzierung verbieten. Stern in Stern/Münch/Hansmeyer, § 19 StWG Anm. 1 S. 330. Die Verordnung erfaßt gem. § 19 S. 2 StWG nicht Kredite zur Finanzierung von Investitionen rechtlich unselbständiger wirtschaftlicher Unternehmen der Gemeinde.

3 Rechtsgeschäfte, die wirtschaftlich einer Kreditaufnahme gleichkommen - dazu unten § 14 - unterliegen demnach schon deshalb nicht der Genehmigungspflicht, weil sie nicht von der Kreditermächtigung erfaßt werden.

4 § 20 Abs. 4 StWG.

5 § 20 Abs. 1 Nr. 1 StWG.

die die Gemeinde im Durchschnitt der letzten 5 statistisch erfaßten Haushaltsjahre vor Erlaß der Rechtsverordnung als Kredit aufgenommen hat[1]. Der Höchstbetrag kann "zum Ausgleich von Schwankungen im Kreditbedarf der Gemeinden..." für diese auf 70% gekürzt werden[2]. Die durch diese weitere Kürzung des Kreditvolumens der Gemeinden gegenüber der Ausgangsquote von 80% freiwerdenden Beträge sind von den Ländern Gemeinden mit besonders dringenden Investitionsaufgaben zuzuweisen[3], womit eine etwas flexiblere Behandlung der Kommunen erreicht werden soll[4]. Demselben Zweck dient auch die weitere Bestimmung, daß ein von einer Stelle nicht ausgeschöpftes Kreditkontingent mit ihrem Einvernehmen von einer anderen ausgenutzt werden kann[5]. Diese Möglichkeit der gleichsam "freihändigen" Kontingentübertragung kann das Land jedoch für die Gemeinden dadurch ausschließen, daß es eine von ihm vorzunehmende Zuweisung der Kreditkontingente, die die Kreditermächtigung in den Haushaltssatzungen übersteigen, an andere Gemeinden mit zusätzlichem Kreditbedarf anordnet[6].

Die Rechtsverordnung nach § 19 StWG kann zusätzlich zur Beschränkung der Kreditaufnahme auf einen Höchst-

---

1 § 20 Abs. 2 S. 1, 1. Halbs. StWG. Kassenkredite, Kredite der Deutschen Bundesbank oder einer der in § 19 S.1 StWG erwähnten möglichen Adressaten der Verordnung sowie Kreditaufnahmen für die in § 19 S. 2 genannten Eigen- und Regiebetriebe der Gemeinden bleiben außer Ansatz, § 20 Abs. 2 S. 1, 2. Halbs. StWG.

2 § 20 Abs. 2 S. 2 StWG.

3 § 20 Abs. 2 S. 3 StWG.

4 Stern, aaO., § 20 StWG Anm. 1, S. 334.

5 § 21 S. 1 StWG.

6 § 21 S. 2 StWG.

betrag auch vorsehen, daß Kredite bestimmter Art und Höhe, insbesondere Anleihen oder Schuldscheindarlehen nur nach Maßgabe eines Zeitplans und zu bestimmten Bedingungen aufgenommen werden dürfen[1]. Der Zeitplan und die Bedingungen werden von dem "besonderen Ausschuß" des Konjunkturrats festgelegt[2] und können vom Bundesminister der Finanzen[3] für verbindlich erklärt werden[4]. Erzielt der Konjunkturrat keine Einigung, kann der Bundesminister der Finanzen mit Zustimmung des Bundesrates Zeitplan und Kreditbedingungen selbst festlegen[5].

Die Gemeinden sind verpflichtet, auch bei der Aufnahme von Krediten, die nicht an einen Zeitplan und bestimmte Bedingungen gebunden sind, "in der Zeitfolge der Kreditaufnahme und der Gestaltung der Kreditbedingungen der Lage am Kapitalmarkt Rechnung zu tragen"[6].

---

1 § 20 Abs. 1 Nr. 2 StWG.

2 § 22 Abs. 1 StWG.

3 Bis zur Änderung des § 22 Abs. 2 StWG durch Art. 25 des Zuständigkeitsanpassungs-Gesetzes v. 18.3. 1975 (BGBl. I S. 705) war der Bundesminister für Wirtschaft zuständig.

4 § 22 Abs. 2, 1. Alt. StWG. Der Wortlaut der Vorschrift spricht nur vom Zeitplan. Da die Kreditbedingungen, wenn der Konjunkturrat auch sie festlegt, in den Zeitplan aufgenommen werden, bezieht sich die Verbindlicherklärung auch auf diese. Vgl. Stern, aaO., S. 339. Zur im Hinblick auf Art. 109 Abs. 4 S. 2 GG umstrittenen Rechtsqualität der Verbindlicherklärung - Verwaltungsakt oder Rechtsverordnung - vgl. Stern, aaO.; Möller, StWG, § 22 Rz. 6; Wilke, Art. 109 Grundgesetz und das Stabilitätsgesetz in ihrer Bedeutung für das Verordnungsrecht, AöR 93 (1968), S. 270, 292 ff.

5 § 22 Abs. 2, 2. Alt. StWG. Hinsichtlich der Kreditbedingungen vgl. oben Fußnote 4.

6 § 22 Abs. 4 i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 2 StWG.

Kreditaufnahmen Dritter, insbesondere von Finanzierungsgesellschaften, können einer Kreditaufnahme der Gemeinde selbst gleichkommen. Deshalb muß eine Rechtsverordnung nach § 19 StWG bestimmen, inwieweit solche Kreditaufnahmen auf den Höchstbetrag der gemeindlichen Neuverschuldung anzurechnen sind[1].

Der Einzelgenehmigungspflicht unterliegen nicht die im laufenden Haushaltsjahr vor Wirksamwerden der Beschränkung geschlossenen Kreditverträge, gleichgültig, ob eine Valutierung bereits erfolgt ist oder nicht[2]. Solche Kreditaufnahmen sind jedoch nach Erlaß der Verordnung auf den Höchstbetrag anzurechnen[3]. Wird die Verordnung wieder aufgehoben, so werden bis dahin geschlossene aber noch nicht genehmigte Verträge wirksam, ohne daß es einer Genehmigung bedarf. Verträge, deren Genehmigung bereits versagt ist, die also nicht mehr schwebend, sondern endgültig unwirksam sind, leben nicht wieder auf[4].

II. Erteilung der Genehmigung bei Vereinbarkeit der Kreditaufnahme mit den Beschränkungen der Verordnung

Nach § 103 Abs. 4, S. 2 hessGO "kann" die Einzelgenehmigung "nur nach Maßgabe der Kreditbeschränkungen" versagt werden. In den anderen Gemeindeordnungen fehlt

---

1 § 20 Abs. 3 StWG.

2 Kunze/Bronner/Rehm, § 87 Anm. IV 10; Scheel/Steup, § 72 nwGO Anm. 6.

3 Vgl. Kunze/Bronner/Rehm, § 87 Anm. IV 6.

4 Vgl. Kunze/Bronner/Rehm, § 87 Anm. IV 10; Scheel/Steup, aaO.

das Wort "nur"[1]. Der Genehmigungsvorbehalt nach Erlaß einer Verordnung aufgrund von § 19 StWG hat aber eine reine Kontrollfunktion: Die Verpflichtung der Gemeinde zur Beachtung der Kreditbeschränkungen ergibt sich aus der Verordnung selbst; sie bewirkt ohne den Genehmigungsvorbehalt nur nicht die Unwirksamkeit von Kreditverträgen, durch die die Grenzen der zulässigen Kreditaufnahme überschritten würden[2]. Deshalb herrscht im Schrifttum zu Recht darüber Einigkeit, daß trotz des Wortes "kann" auch außerhalb Hessens eine Versagung der Einzelgenehmigung nur auf einen Verstoß gegen die Kreditbeschränkungen gestützt werden kann[3]. Da eine Ermessensentscheidung bei diesen aufsichtlichen Genehmigungsvorbehalten das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde verletzte, folgt hieraus zugleich, daß die Genehmigung zu erteilen ist, wenn die Kreditaufnahme mit den durch die Verordnung eingeführten Beschränkungen im Einklang steht[4].

---

1 Vgl. § 87 Abs. 4 S. 2 bawüGO; Art. 71 Abs. 4 S. 2 bayGO; § 92 Abs. 4 S. 2 nsGO; § 72 Abs. 4 S. 2 nwGO; § 103 Abs. 4 Nr. 1, 2. Halbs. rhpfGO; § 90 Abs. 4 S. 2 saarGO; § 85 Abs. 4 Nr. 1, 2. Halbs. shGO.

2 Diesem Zusammenhang werden die Ausführungen Depiereux', Das neue Haushaltsrecht der Gemeinden, S. 98, nicht gerecht. Danach hat das Land sich hier eine "zusätzliche Möglichkeit" geschaffen, im Sinne des § 19 StWG auf die Gemeinden einzuwirken, und tritt das Genehmigungsverfahren nach den Gemeindeordnungen "an die Stelle" des Verfahrens nach § 19 StWG.

3 Vgl. Lüersen/Neuffer, § 92 Anm. 4; Scheel/Steup, § 72 nwGO Anm. II 6; Kottenberg/Rehn, § 72 Anm. V 1; Rauball/Rauball, § 72 Anm. 8; Masson/Samper, Art. 71 Anm. 12; Depiereux, aaO.

4 Im Ergebnis ebenso Lüersen/Neuffer, aaO.; Scheel/Steup, aaO.

Mit diesen Beschränkungen ist eine Kreditaufnahme auch dann vereinbar, wenn eine Gemeinde von der Möglichkeit des § 21 S. 1 StWG Gebrauch macht, Kredite aus dem nicht ausgeschöpften Kontingent einer anderen Stelle aufzunehmen. Deshalb hat die Gemeinde auch dann Anspruch auf Erteilung der Genehmigung eines Kreditvertrages, wenn durch diesen der ihr zustehende Höchstbetrag überschritten wird, sie jedoch dartut, daß sie insoweit das nicht ausgenutzte Kreditkontingent einer anderen Stelle mit deren Zustimmung in Anspruch nehme. Dies gilt jedoch immer nur dann, wenn das Land nicht gemäß § 21 S. 2 StWG eine von § 21 S. 1 StWG abweichende Regelung über die Zuweisung nicht ausgeschöpfter Kreditkontingente getroffen hat.

Nicht zu prüfen hat die Aufsichtsbehörde, ob die Gemeinde bei Kreditaufnahmen, die nicht hinsichtlich Zeitpunkt und Bedingungen von einer Regelung nach § 20 Abs. 1 Nr. 2 StWG erfaßt werden, ihrer Verpflichtung aus § 22 Abs. 4 StWG, "der Lage am Kreditmarkt Rechnung zu tragen", genügt. Denn diese Verpflichtung folgt gerade nicht aus der Verordnung nach § 19 StWG, sondern steht selbständig neben ihr und ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz. Sie gehört daher nicht zu den "Kreditbeschränkungen" durch die Verordnung nach § 19 StWG, deren Beachtung durch die Einzelgenehmigung allein erzwungen werden soll.

III. Erteilung der Genehmigung bei Zuweisungen nach § 20 Abs. 2 S. 3 und § 21 S. 2 StWG

Beabsichtigt die Gemeinde eine Kreditaufnahme, durch die der ihr zustehende Höchstbetrag überschritten wird, und ist die Ausnutzung des Kreditkontingents einer

anderen Stelle nach § 21 S. 1 StWG mit deren Zustimmung nicht möglich, weil das Land gemäß § 21 S. 2 StWG eine von § 21 S. 1 StWG abweichende Regelung getroffen hat, so kann die Gemeinde sich um eine Erhöhung ihres Kreditkontingents durch Zuweisung des Landes bemühen.

Eine solche Zuweisung kann zum einen gemäß § 20 Abs. 2 S. 3 StWG aus Beträgen erfolgen, die durch eine Kürzung des allgemeinen Höchstbetrages für die Gemeinden aufgrund von § 20 Abs. 2 S. 2 StWG frei werden, soweit eine solche zusätzliche Kürzung des Kreditkontingents der Gemeinden erfolgt ist. Voraussetzung ist, daß die Gemeinde dartut, "besonders dringende Investitionsaufgaben" zu erfüllen zu haben. Eine Zuweisung ist auch aus Kreditkontingenten, welche die Kreditermächtigung in der Haushaltssatzung übersteigen, nach der dafür vom Land gemäß § 21 S. 2 StWG getroffenen Regelung möglich. Voraussetzung ist hier nach dem Wortlaut des § 21 S. 2 StWG nur ein "zusätzlicher Kreditbedarf".

Im Schrifttum wird bisweilen die Ansicht vertreten, in solchen Fällen stehe die Erteilung der Genehmigung im Ermessen der Aufsichtsbehörde[1]. Das ist nicht richtig. Ist durch Zuweisung des Landes das Kreditkontingent der Gemeinde hinreichend aufgestockt, so ist der Kreditvertrag zu genehmigen, da er dann wieder im Einklang mit den Beschränkungen der Verordnung nach § 19

1 So etwa Kunze/Bronner/Rehm, § 87 Anm. IV 9; Scheel/Steup, § 72 nwGO Anm. II 6, S. 122.

StWG steht. Ein Ermessen der Aufsichtsbehörde kommt nur bezüglich der Zuweisung in Betracht, sofern sie auch für diese zuständig ist. Die Zuweisungskompetenz, die das StWG nicht selbst regelt, wird aber regelmäßig jedenfalls nicht bei Aufsichtsbehörden der unteren Verwaltungsstufe liegen. Ist die Aufsichtsbehörde zuständig, muß sie zunächst über die Kontingenterhöhung entscheiden und ein ihr dabei eingeräumtes Ermessen fehlerfrei ausüben. Entscheidet sie sich für eine den vorgelegten Kreditvertrag abdeckende Kontingenterhöhung, muß sie alsdann die Genehmigung erteilen.

Erfolgt eine Erhöhung des Kreditkontingents nicht, so ist die Genehmigung des Kreditvertrages ausnahmslos zu versagen. Aus dem "kann.... versagt werden" in den Gemeindeordnungen folgt kein Ermessen der Aufsichtsbehörde[1]. Die Länder haben die Einzelgenehmigungspflicht ja gerade zur Erfüllung ihrer Verpflichtung aus § 23 StWG, sicherzustellen, daß die Gemeinden die Kreditbeschränkungen beachten, eingeführt.

IV. Bisherige Erfahrungen mit dem Genehmigungsvorbehalt

Eine Beschränkung der gemeindlichen Kreditaufnahmen durch eine Rechtsverordnung aufgrund von § 19 StWG ist erst einmal erfolgt. Durch die Verordnung über die Begrenzung der Kreditaufnahme durch Bund, Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände im Haushaltsjahr 1973 vom 1. Juni 1973[2] wurde für die Gemeinden als Höchst-

---

1 A.A. anscheinend Masson/Samper, Art. 71 bayGO Anm. 14; Galette/Laux/v. Scheliha, § 85 shGO Anm. 5a.

2 BGBl. I S. 504.

betrag das 1,56 fache des Durchschnitts ihrer Nettokreditaufnahmen[1] in den Jahren 1967 bis 1971 nach Maßgabe der Haushaltsrechnung festgelegt. Die einzelnen Länder konnten in Härtefällen Ausnahmen zulassen[2], hatten jedoch sicherzustellen, daß die Kreditaufnahmen ihrer Gemeinden insgesamt bestimmte Höchstbeträge nicht überstiegen[3]. Diese Verordnung ist von Seiten der Gemeinden zum Teil sehr scharfer Kritik unterzogen worden[4]. Da die Verordnung vom 1.6.1973 nur für das Haushaltsjahr 1973 galt, das neue Gemeindehaushaltsrecht jedoch in keinem Bundesland vor dem 1.1.1974 in Kraft getreten ist, richtete sich die Einzelgenehmigung noch nach altem Recht. Erfahrungen mit der Einzelgenehmigung neuen Rechts liegen deshalb noch nicht vor.

---

1 Vgl. § 2 Abs. 2 der VO.

2 § 1 Abs. 4 S. 2 der VO. Von dieser Möglichkeit hat z.B. das Land Nordrhein-Westfalen dadurch Gebrauch gemacht, daß durch Schnellbrief des Innenministers vom 6.6.1973 die Aufsichtsbehörden ermächtigt wurden, in besonderen Härtefällen eine Überschreitung des Höchstbetrages ausnahmsweise zuzulassen. Vgl. Bückmann, Planung, Kreditbeschränkung und kommunale Selbstverwaltung, AfK 13 (1974), S. 63 ff.

3 § 1 Abs. 4 S. 3 der VO.

4 Vgl. z.B. Bückmann, aaO., S. 63; (o.Verf.) Schuldendeckelverordnung "greift", KPBl. 1973, S. 863.

§ 12 Die Einzelgenehmigung aufgrund einer Landesverordnung

Nach allen Gemeindeordnungen mit Ausnahme der von Baden-Württemberg kann durch Rechtsverordnung eine Genehmigungspflicht für die einzelnen Kreditaufnahmen eingeführt werden, auch wenn der Gesamtbetrag bereits genehmigt ist[1]. Zum Erlaß der Verordnung ermächtigt ist in Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und im Saarland die Landesregierung, in Bayern, Hessen und Schleswig-Holstein der Innenminister, der jedoch in Bayern des Einvernehmens des Finanzministers und des Wirtschaftsministers, in Hessen nur des Finanzministers bedarf.

I. Voraussetzungen des Erlasses der Rechtsverordnung[2]

Die Gemeindeordnungen von Hessen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, des Saarlandes und von Schleswig-Holstein nennen Voraussetzungen für den Erlaß der Verordnung nicht ausdrücklich. In Bayern ist dagegen als Voraussetzung angegeben, daß der Konjunkturrat nach § 18 Abs. 2 StWG eine Beschränkung der Kreditaufnahme durch

---

1 Art. 71 Abs. 5 bayGO; § 103 Abs. 5 hessGO; § 92 Abs. 5 nsGO; § 72 Abs. 5 nwGO; § 103 Abs. 5 rhpfGO; § 90 Abs. 5 saarGO; § 85 Abs. 6 Nr. 1 shGO.

2 Die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Verordnung kann sich z.B. bei der Klage einer Bank auf Rückzahlung eines Darlehns und Verzinsung bis zum Tag der Rückzahlung ergeben. Dem Einwand der Gemeinde, der Darlehnsvertrag sei mangels Genehmigung nicht zustandegekommen, es bestehe daher kein Anspruch auf Zinsen, kann die Bank entgegenhalten, eine Genehmigungspflicht habe nicht bestanden, da die Verordnung nichtig sei. Die Nichtigkeit kann sich daraus ergeben, daß die Voraussetzungen für den Erlaß nicht vorlagen. Da Art. 100 GG nur auf förmliche Gesetze anwendbar ist, hat das Gericht ggfls. incidenter die Nichtigkeit festzustellen.

die Gemeinden und Gemeindeverbände empfohlen hat[1]. In Nordrhein-Westfalen kann die Verordnung "bei Gefährdung des Kreditmarkts" erlassen werden.

Die Gemeindeordnungen, die Voraussetzungen für die Einführung der Einzelgenehmigungspflicht nicht nennen, sehen - ebenso wie die von NRW - übereinstimmend als Versagungsgründe für die Genehmigung vor, daß "die Kreditbedingungen die Entwicklung am Kreditmarkt ungünstig beeinflussen oder die Versorgung der Gemeinden mit wirtschaftlich vertretbaren Krediten stören könnten" Die Einzelgenehmigungspflicht ist nach der Haushaltsreform die Ausnahme. Ihre Einführung bedarf deshalb eines besonderen Grundes. Die erwähnten Voraussetzungen der Genehmigungsversagung legen den Schluß nahe, daß der Erlaß einer die Einzelgenehmigungsfplicht einführenden Verordnung zulässig ist, wenn die Gefahr besteht, daß die Gemeinden - oder jedenfalls ein ins Gewicht fallender Teil von ihnen - Kredite zu Bedingungen aufnehmen, die das Zinsniveau auf dem allgemeinen Kreditmarkt oder zumindest auf dem Markt für Kommunalkredite in unerwünschter und unnötiger Weise in die

---

1 Zu den Schwierigkeiten des Konkjunkturrats, die gemeindliche Kreditaufnahme auch insoweit zu erfassen, als sie nicht durch Anleihen, sondern - was häufiger geschieht - durch Schuldscheindarlehen erfolgt, vgl. Hansmeyer, in: Stern/Münch/Hansmeyer, § 18 StWG Anm. IV, S. 324.

Höhe treiben[1]. In diesem Sinne ist wegen der gleichlautenden Kriterien der Genehmigungsversagung auch die nordrhein-westfälische Voraussetzung einer "Gefährdung des Kreditmarkts" auszulegen[2].

II. Gesetzgebungskompetenz des Landes

Den Ländern steht es mangels gegenteiliger Regelung durch Bundesrecht grundsätzlich frei, Maßnahmen der Gemeinde einer präventiv-aufsichtlichen Rechtmäßigkeitskontrolle durch Genehmigungsvorbehalte zu unterwerfen; die Beaufsichtigung durch solche Genehmigungsvorbehalte darf nur nicht die Eigenverantwortlichkeit der Gemeinde so einschränken, daß der Kern des Selbstverwaltungsrechts verletzt ist[3]. Deshalb ist es rechtlich unbedenklich, wegen des damit verbundenen Verwaltungsaufwandes jedoch unzweckmäßig - dies war der Hauptgrund für die Abschaffung der generellen Einzelgenehmigungspflicht[4] -, Kreditaufnahmen der Gemeinden einer Genehmigungspflicht zu unterwerfen. Fraglich ist nur, ob angesichts der dem Bund eingeräumten Gesetzgebungsermächtigung zur Konjunktursteuerung und ihrer Aus-

---

1 Ähnlich Hofmann/Beth/Dreibus, § 103 rhpfGO Anm. 6; Galette/Laux/v. Scheliha, § 85 shGO Anm. 9a. Unrichtig Depiereux, Das neue Haushaltsrecht der Gemeinden, S. 98, wonach die Verordnung dieselben Voraussetzungen hat wie eine solche nach § 19 StWG. Denn für letztere reicht eine Gefährdung des Kreditmarkts allein nicht aus.

2 Vgl. Scheel/Steup, § 72 nwGO Anm. II 7, S. 123.

3 Vgl. oben S. 80.

4 Vgl. oben S. 46.

übung durch Erlaß des Stabilitätsgesetzes die Länder noch die Kompetenz haben, durch die hier zu untersuchenden Rechtsverordnungen auf den Kreditmarkt einzuwirken.

Gemäß Art. 70 Abs. 1 GG haben die Länder das Recht der Gesetzgebung, soweit es nicht dem Bund verliehen ist. Nach Art. 70 Abs. 2 GG wird die Gesetzgebungskompetenz von Bund und Ländern nach den Vorschriften des Grundgesetzes über die ausschließliche und die konkurrierende Gesetzgebung unterschieden. In dem Katalog über die ausschließliche und konkurrierende Gesetzgebung des Bundes[1] findet sich keine Ermächtigung zur Nutzbarmachung der Gemeindehaushalte für gesamtwirtschaftliche Zwecke. Die fehlende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Haushaltswirtschaft der Länder einschließlich der Gemeinden war ja gerade der Grund für die Erweiterung des Art. 109 GG um die Absätze 2 bis 4[2]. Die Ermächtigung des Bundes durch Art. 109 Abs. 4 GG, zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichtes Vorschriften unter anderem über die Bedingungen und die Zeitfolge der Aufnahme von Krediten durch Gebietskörperschaften zu erlassen, führt nicht zu einer ausschließlichen oder konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes. Es handelt sich vielmehr um einen Sonderfall der Grundsatzgesetzgebung aus Art. 109 Abs. 2 GG[3], die Raum für landesrechtliche Regelungen läßt. Daß diese den vom Bund aufgestellten Grundsätzen nicht zuwiderlaufen dürfen, folgt aus Art. 31 GG.

---

1 Art. 73, 74, 74a GG.

2 Vgl. oben S. 42 f., 44f.

3 Maunz, in Maunz/Dürig/Herzog, Art. 109 Rz. 33.

Mit den §§ 19 ff. StWG hat der Bund in Ausübung seiner Gesetzgebungskompetenz aus Art. 109 Abs. 4 GG Vorschriften erlassen, durch die zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts nicht nur auf Umfang und Zeitfolge, sondern auch auf die Bedingungen der gemeindlichen Kreditaufnahme eingewirkt werden kann. Solange eine Verordnung nach § 19 StWG nicht ergangen ist, hindert Art. 31 GG die Länder nicht, durch Rechtsverordnungen der hier zu untersuchenden Art auf die Kreditbedingungen der Gemeinden Einfluß zu nehmen[1]. Nach Erlaß einer Rechtsverordnung aufgrund von § 19 StWG und einer ihr folgenden Verbindlicherklärung oder Feststellung der für die Gemeinden zulässigen Kreditbedingungen durch den Bundesminister der Finanzen gemäß §§ 20 Abs. 1 Nr. 2, 22 Abs. 2 StWG ist eine landesrechtliche Regelung dagegen unzulässig. Eine etwa bereits ergangene Rechtsverordnung der Landesregierung bzw. des Innenministers tritt außer Kraft.

Diesen Folgerungen läßt sich nicht entgegenhalten, daß Einwirkungen des Bundes auf den Kreditmarkt nur zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts ergehen, während die Verordnungen der Länder, außer in Bayern, allein den Schutz der Gemeinden vor einer unnötigen Verteuerung ihrer Finanzierungsmöglichkeiten bezwecken k ö n n e n . Denn in jedem Falle wird auf den Kreditmarkt eingewirkt. Sinn der Grundsatzgesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art.

---

1 Zur Abgrenzung von Verordnungen nach § 19 StWG und solchen aufgrund der landesrechtlichen Ermächtigung vgl. Galette/Laux/v. Scheliha, § 85 shGO Anm. 9a, die jedoch auf Art. 31 GG nicht eingehen.

109 Abs. 4 GG ist es aber, in konjunkturpolitischen Krisenzeiten die Kreditnachfrage aller öffentlichen Haushalte koordinieren zu können. Ist eine Verordnung nach § 19 StWG ergangen, ohne daß aufgrund der §§ 20 Abs. 1 Nr. 2, 22 Abs. 2 StWG eine Regelung der Kreditbedingungen erfolgt ist, so bringt die Bundesregierung damit zum Ausdruck, daß sie eine dämpfende Einwirkung auf das Zinsniveau auf dem Kreditmarkt nicht für erforderlich hält. Regelmäßig wird sie darüber hinaus sogar eine Erhöhung des Zinsniveaus zur Senkung der Investitionstätigkeit anstreben und die Bundesbank um eine Heraufsetzung des Diskontsatzes bitten[1]. Deshalb liegt jedenfalls in aller Regel auch darin, daß die Bundesregierung nicht zugleich mit einer Verordnung nach den §§ 19, 20 Abs. 1 Nr. 1 StWG durch Festlegung von Kreditbedingungen auf das Zinsniveau dämpfend einwirkt, eine (negative) bundesrechtliche Regelung, die landesrechtliche Einwirkungen auf den Kreditmarkt, gleich zu welchen Zwecken, ausschließt.

III. Kriterien der Genehmigungserteilung

Da die Landesregierungen Verordnungen der hier zu untersuchenden Art bisher nicht erlassen haben, fehlt es an jeglicher Rechtsprechung über die Genehmigungskriterien. In der Literatur besteht mit Recht Einigkeit darüber, daß die Aufsichtsbehörde nur auf die

---

1 Die im Vergleich zur Privatwirtschaft größere Zinsunempfindlichkeit der öffentlichen Haushalte gegenüber einer auf Verknappung und Verteuerung des Kredits gerichteten restriktiven Politik der Bundesbank war gerade der Hauptgrund dafür, daß mittels des StWG eine Beschränkung der Kreditaufnahme der öffentlichen Hand ermöglicht wurde. Vgl. S. 14 der Begründung zum StWG in der BR-Drucks. 316/66. S. oben S. 42.

Kreditbedingungen, nicht auch auf andere Aspekte, wie etwa den der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde, abstellen darf[1]. Damit ist aber noch nicht gesagt, wann die Kreditbedingungen eine Erteilung der Genehmigung zulassen und wann sie eine Versagung rechtfertigen.

1. Verbot der Aufnahme "schädlicher" Kredite

Gemäß Art. 71 Abs. 5 S. 2 bayGO "ist" die Genehmigung zu versagen, wenn dies zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts geboten ist oder wenn die Kreditbedingungen wirtschaftlich nicht vertretbar sind. Die Definition des Begriffes "Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichtes" ergibt sich aus § 1 StWG. Eine "Störung" wird man hier anders als nach der Terminologie des Polizeirechts schon bejahen müssen, wenn eine Ungleichgewichtslage zwar noch nicht eingetreten ist, aber "sich soweit abzeichnet, daß sie ohne Gegensteuerung zwangsläufig eintreten wird"[2]; dies folgt daraus, daß die Genehmigung schon zur "Abwehr", nicht erst zur "Bekämpfung" einer Störung zu versagen ist[3]. Da die Genehmigungs-

---

1 Vgl. Depiereux, aaO., S. 98 f.; Hofmann/Beth/Dreibus, § 103 rhpfGO Anm. 6; Lüersen/Neuffer, § 92 Anm. 5. Masson/Samper, Art. 71 bayGO Anm. 14; Steenbock, Kommunale Haushaltsreform, Tz. 75.

2 Stern, in: Stern/Münch/Hansmeyer, Art. 109 GG Anm. V 2 für die Auslegung von Art. 109 GG, dessen Wortlaut Art. 71 Abs. 5 bayGO insoweit übernimmt.

3 Vgl. jeweils zu Art. 109 Abs. 4 S. 1 GG Maunz, in: Maunz/Düriy/Herzog, Art. 109 Rz. 33; Vogel/Wiebel, BK, Art. 109, Zweitbearbeitung, Rz. 188; Piduch, Bundeshaushaltsrecht, Art. 109 Rz. 61; Möller, aaO., Art. 109 GG Rz. 18; Stern, aaO., unter ausdrücklicher Aufgabe der gegenteiligen Ansicht in der Vorauflage; Zuck, Die globalgesteuerte Marktwirtschaft und das neue Recht der Wirtschaftsverfassung, NJW 1967,S.1301, 1303 Fn. 38.
A.A. Vogel /Kirchhof, BK, Art. 104a, Rz. 127.

pflicht nicht zum Schutz der Leistungsfähigkeit der einzelnen Gemeinde eingeführt wird, sind Kredite als "wirtschaftlich nicht vertretbar" im Sinne von Art. 71 Abs. 5 bayGO anzusehen, wenn die Kreditbedingungen geeignet sind, das Zinsniveau auf dem Kreditmarkt in unerwünschter und unnötiger Weise in die Höhe zu treiben, so daß insbesondere die Möglichkeiten der Gemeinden, sich zu einem Effektivzins zu verschulden, der mit ihrer dauernden Leistungsfähigkeit vereinbar ist, beeinträchtigt werden[1].

Nach den übrigen Gemeindeordnungen "kann" - wie bereits erwähnt -die Genehmigung versagt werden, wenn "die Kreditbedingungen die Entwicklung am Kreditmarkt ungünstig beeinflussen oder die Versorgung der Gemeinden mit wirtschaftlich vertretbaren Krediten stören könnten". Unter einer "ungünstigen Beeinflussung" der Entwicklung am Kreditmarkt wird man mit Rücksicht darauf, daß der 2. Halbsatz nur auf die Kreditversorgung der Gemeinden abstellt, eine allgemein kreditverteuernde Wirkung der Kreditbedingungen zu verstehen haben. Mit "wirtschaftlich vertretbaren" Krediten sind hier offensichtlich solche gemeint, die die Gemeinden regelmäßig ohne Gefährdung ihrer dauernden Leistungsfähigkeit aufnehmen können[2].

---

1 In diesem Sinne auch Masson/Samper, Art. 71 bayGO Rz. 14.

2 Vgl. etwa die amtl. Begründung zu § 103 Abs. 5 hessGO und zu § 72 Abs. 5 nwGO, wonach es Sinn der Genehmigungspflicht ist, die Akzeptierung von Kreditbedingungen durch einzelne Gemeinden zu verhindern, die "für den Kreditmarkt, vor allem für den Kommunalkredit, schädlich" sind.

Die Gemeindeordnungen geben nur Versagungsgründe an. Wann die Genehmigung zu erteilen ist, ist nirgends gesagt. Daß der Gesetzgeber bestimmte Versagungsgründe nennt, ist als an die Gemeinden gerichtetes Verbot zu verstehen, Kredite der durch den Katalog der Versagungsgründe gekennzeichneten Art aufzunehmen. Der Genehmigungsvorbehalt dient der präventiven Kontrolle der Beachtung dieses Verbots. Liegt keiner der Versagungsgründe vor, ist also das Verbot beachtet, so ist die Genehmigung zu erteilen. Ein Ermessen der Aufsichtsbehörde scheidet schon deshalb aus. Eines Rückgriffs auf das aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG herzuleitende Verbot der Zweckmäßigkeitskontrolle in Selbstverwaltungsangelegenheiten bedarf es nicht.

2. Vereinbarkeit des Verbots mit Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG?

a) Regelungen des Selbstverwaltungsrechts nur in den Grenzen des Rechtsstaatsprinzips

Die Finanzhoheit der Gemeinden als Bestandteil des Selbstverwaltungsrechts beinhaltet das Recht zu eigenverantwortlicher Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft im Rahmen eines gesetzlich geordneten Haushaltswesens[1]. Rechtsverordnungen, die die Kreditaufnahme der Gemeinden beschränken, gehören zu dieser gesetzlichen Ordnung des Haushaltswesens. Rechtsnormen, die die Eigenverantwortlichkeit der Gemeinden einschränken, sind aber nur dann mit Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG vereinbar, wenn sie, wie jedes andere Gesetz, das Rechtsstaatsprinzip

---

1 Vgl. oben S. 79 f.

beachten. Bei der hier zu beurteilenden Kreditbeschränkung besteht Veranlassung, sie auf ihre Vereinbarkeit mit zwei wesentlichen Elementen des Rechtsstaatsprinzips zu überprüfen: Den Grundsätzen der Normklarheit und Justitiabilität und dem Übermaßverbot.

b) Beachtung des Rechtsstaatsprinzips durch das Verbot

aa) Normklarheit und Justitiabilität

Das Gebot der Normklarheit und Justitiabilität als Element des Rechtsstaatsprinzips gebietet es, Voraussetzungen und Inhalt einer Rechtsnorm so bestimmt abzufassen, daß die von ihr Betroffenen "die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten entsprechend einrichten können[1]". Bei der Normierung des Verbots der Kreditaufnahme aus gesamtwirtschaftlichen Gründen bedienen sich die Landesgesetzgeber außer in Bayern der unbestimmten Rechtsbegriffe "Entwicklung am Kreditmarkt ungünstig beeinflussen" und "wirtschaftlich vertretbar", in Bayern "gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht" und "wirtschaftlich vertretbar". Diese Begriffe lassen der Rechtsanwendung weiten Spielraum. Es ist jedoch das Wesen unbestimmter Rechtsbegriffe, daß die Bestimmung ihres Inhalts weitgehend erst anhand konkreter Fälle möglich ist, was eine sehr kasuistische Rechtsprechung nach sich ziehen kann. Gerade bei der gesetzlichen Regelung wirtschaftlicher Vorgänge ist eine besonders allgemein gehaltene Fassung unbestimmter Tatbestandsmerkmale der belastenden Normen häufig unvermeidlich[2].

---

1 BVerfGE 21, 73, 79.

2 BVerfGE 13, 153, 161; 31, 33, 42.

Diesen Gegebenheiten hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stets Rechnung getragen: Es hat selbst in so wenig präzisen Begriffen wie "außergewöhnliche Belastung" in § 33 EStG[1], "ungesunde Verteilung des Grund und Bodens" in § 9 GrdstVG[2], "beste Verkehrsbedienung", "marktgerechte Entgelte", "volkswirtschaftlich sinnvolle Aufgabenteilung" und "unbilliger Wettbewerb" in § 8 AEG[3], keinen Verstoß gegen rechtsstaatliche Grundsätze gesehen. Unter Berücksichtigung dessen erscheinen die hier mittels unbestimmter Rechtsbegriffe normierten Versagungsgründe nicht so unklar, als daß das Rechtsstaatsprinzip verletzt wäre und eine wirksame Regelung der Eigenverantwortlichkeit der Gemeinden nicht vorläge.

bb) Übermaßverbot

Das Übermaßverbot[4] als weiteres wichtiges Element des Rechtsstaatsprinzips ist verletzt, wenn die gesetzliche Regelung kein geeignetes[5], erforderliches[6] und

---

1 BVerfGE 21, 1, 3 f.

2 BVerfGE 21, 73, 80.

3 BVerfGE 31, 33, 42.

4 Die Terminologie in Rechtsprechung und Literatur ist uneinheitlich. Das BVerfG neigt dazu, die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Übermaßverbotes gleichzusetzen und die Geeignetheit und Erforderlichkeit als Unterpunkt der Verhältnismäßigkeit anzusehen. Vgl. zum Ganzen die Nachweise bei Grabitz, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 98 (1973), S. 568, 569 ff. Es wird hier mit der wohl herrschenden Lehre der Terminologie bei Wolff/Bachof I, § 28 Ia 8 und § 30 IIb 1 d, γ gefolgt.

5 Vgl. z.B. BVerfGE 17, 306, 314; 30, 250, 263.

6 Vgl. z.B. BVerfGE 25, 1, 17; 30, 292, 316.

verhältnismäßiges[1] Mittel zur Erreichung des von ihr angestrebten Zweckes ist.

Daß eine Beschränkung der gemeindlichen Kreditaufnahme ein geeignetes, erforderliches und verhältnismäßiges Mittel zur Abwehr von Störungen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts sein kann, ist in Art. 109 Abs. 4 GG durch die Verfassung selbst anerkannt. Daß sie auch nur zum Schutz des allgemeinen Kreditmarkts, insbesondere aber der Finanzierungsmöglichkeiten gerade der Gemeinden geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein kann, liegt ebenfalls auf der Hand. Da die Gemeinden zur Erfüllung ihrer Aufgaben und Verpflichtungen regelmäßig darauf angewiesen sind, die bereits im Gesamtbetrag genehmigte Kreditermächtigung uneingeschränkt auszunutzen, ist aber schon bei der Prüfung der Erforderlichkeit jedes kreditbeschränkenden Eingriffs ein strenger Maßstab anzulegen. Erst recht gilt dies jedoch bezüglich der Verhältnismäßigkeit der Kreditrestriktion: Der gesamtwirtschaftliche Nutzen muß eindeutig größer sein als der den Gemeinden entstehende Schaden[2].

(1) Die bayerische Regelung

Art. 71 Abs. 5 bayGO läßt eine Versagung der Genehmigung zunächst dann zu, wenn dies zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts " g e b o t e n " ist. Verboten sind also nur Kredite,

---

1 Vgl. z.B. BVerfGE 24, 367, 404; 25, 269, 292.

2 Vgl. BVerfGE 30, 292, 316 f. m.w.N. (Oelbevorratungsfall): Je empfindlicher der Eingriff - hier in die Freiheit der Berufsausübung - desto stärker müssen die Interessen des Gemeinwohls sein, denen diese Regelung zu dienen bestimmt ist.

die eine konkrete Beeinträchtigung der Ziele des § 1 StWG darstellen würden. Ist es aber wirklich geboten, eine Kreditaufnahme zur Erreichung der Ziele des § 1 StWG zu untersagen, so wird das Verbot zusammen mit der Unterbindung vergleichbarer Kreditaufnahmen anderer Gemeinden regelmäßig mehr Nutzen als Schaden bringen. Dasselbe gilt für das Verbot, Kredite, deren Bedingungen wirtschaftlich nicht vertretbar sind, aufzunehmen: Wegen der Schädlichkeit solcher Kredite wird auch hier der Nutzen regelmäßig den Schaden übersteigen.

Das Verbot kann allerdings im Einzelfall eine Gemeinde, die ein besonderes Kreditaufnahmebedürfnis hat, unverhältnismäßig belasten. Das ist bei der hier mit Rücksicht auf die abstrakt-generelle Natur der Eingriffsregelung gebotenen generellen[1] Betrachtungsweise unschädlich. Daß sich eine Rechtsnorm im Einzelfall übermäßig auswirken kann, ist hinzunehmen, solange sie nur bei typischer Sachlage nicht übermäßig ist[2]. Eine Ausnahmeregelung für besondere Härtefälle ist auch von der Sache her nicht zwingend erforderlich. Ist einer Gemeinde eine Kreditaufnahme am Kapitalmarkt zu genehmigungsfähigen Konditionen nicht möglich, die Beschaffung bestimmter Geldmittel aber unbedingt notwendig, kann ihr außerhalb des Marktes mit Überbrückungs-

---

1 Vgl. BVerfG, aaO., S. 317. Diese Betrachtungsweise zieht sich durch die gesamte Rechtsprechung des BVerfG zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Vgl. die Nachweise und die Kritik gerade zum Oelbevorratungsfall bei Selmer, Generelle Norm und individueller Grundrechtsschutz, DÖV 1972, S. 551 ff.

2 Wolff/Bachof I, § 28 Ia 8 m.w.N. Vgl. auch BVerfG, aaO., S. 316; BGH NJW 1972, S. 259, 260.

krediten des Landes, öffentlich-rechtlicher Sondervermögen, von Eigenbetrieben und ähnlichen Institutionen geholfen werden, so unzweckmäßig eine solche Verfahrensweise auch häufig sein wird.

Die bayerische Regelung der Kreditbeschränkung ist somit insgesamt mit dem Verbot einer übermäßigen Einschränkung der Eigenverantwortlichkeit der Gemeinden vereinbar.

(2) Die Regelung in den anderen Bundesländern

In den übrigen Ländern, deren Gemeindeordnungen eine Kreditbeschränkung der hier zu untersuchenden Art vorsehen, sind schon Kreditaufnahmen verboten, die die Entwicklung am Kapitalmarkt ungünstig beeinflussen oder die Versorgung der Gemeinde mit wirtschaftlich vertretbaren Krediten stören " k ö n n t e n " . Unter "Störung" versteht man im materiellen Polizeirecht einen bereits eingetretenen Schaden[1]. Auch eine "ungünstige Beeinflussung" ist demnach eine Störung, so daß insoweit für beide Versagungsgründe dasselbe gilt. Da schon Kredite verboten sein sollen, die stören "könnten", ist eine Kreditaufnahme - nimmt man die Gemeindeordnungen wörtlich - schon unzulässig, wenn sie zu einem Schaden für den Kreditmarkt und insbesondere die Kreditversorgung der Gemeinden führen k ö n n t e . Bei dieser Auslegung ginge das Verbot

1 Vgl. statt vieler Wolff III, § 125 IIIa; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, S. 177 ("verwirklichte Gefahr").

weiter als die polizeiliche Generalklausel, die zur Abwehr einer "Gefahr" ermächtigt. Denn eine Gefahr im Rechtssinne liegt nach feststehendem Sprachgebrauch erst vor, wenn bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit Wahrscheinlichkeit ein polizeilich geschütztes Rechtsgut geschädigt werden w i r d [1], nicht k ö n n t e . Die bloße vage Möglichkeit eines Schadenseintritts reicht nicht aus.

Nun ist zwar das an die Gemeinden gerichtete Verbot der Kreditaufnahme zu "schädlichen" Bedingungen und die Ermächtigung der Aufsichtsbehörde zur Versagung der Einzelgenehmigung keine Regelung des Polizeirechts, so daß sie sich nicht an den dafür entwickelten Grundsätzen messen lassen muß[2]. Die Beschränkung der generellen Eingriffsermächtigung der Polizei auf Situationen, in denen mindestens eine "Gefahr" und nicht bloß eine ganz vage Möglichkeit eines Schadenseintritts besteht, ist jedoch Konsequenz des Übermaßverbotes: Es

---

1 Vgl. BVerwG DÖV 1970, S. 713,715; Wolff, aaO.; Drews/Wacke/Vogel/Martens, aaO., S. 178.

2 Die Terminologie der Gemeindeordnungen drängt den Seitenblick auf das Polizeirecht jedoch geradezu auf und gibt mangels gegenteiliger Anhaltspunkte auch Veranlassung, den Begriffen "Gefahr" und "Störung" denselben Inhalt wie im Polizeirecht zu geben. Im Gesetzgebungsverfahren zu Art. 104a Abs. 4 S. 1 GG und Art. 109 Abs. 4 GG ist das Wort "Störung" auch im polizeirechtlichen Sinne verstanden worden, wenn auch die Formulierung "Abwehr einer Störung" eigenartig ist. Vgl. Vogel/Kirchhof, BK, Art. 104a, Rz. 127; Vogel/Wiebel, Art. 109, Zweitbearbeitung, Rz. 185 ff. jeweils m.w.N.

wäre übermäßig, den Polizeipflichtigen mit Eingriffen zu belasten, ohne daß ein Schadenseintritt hinreichend wahrscheinlich ist[1].

Hieraus ergeben sich Zweifel an der Verhältnismäßigkeit der hier zu untersuchenden präventiven Kreditbeschränkung. Der Vorteil, den eine Versagung der Einzelgenehmigung zu einer Kreditaufnahme, die "stören k ö n n t e ", hätte, wäre eine weitestgehende Ausschaltung der Möglichkeit, daß eine Störung tatsächlich eintritt. Der Nachteil bestünde in einer besonders starken Einengung der Finanzierungsmöglichkeiten und damit der Handlungsfreiheit der einzelnen Gemeinden. Da Beschränkungen der Kreditaufnahme, zumal wenn diese im Gesamtbetrag bereits genehmigt ist, den Gemeinden die Erfüllung ihrer Aufgaben regelmäßig erheblich erschweren, erscheint eine so weitgehende Fassung der Kreditbeschränkung, wie sie die Worte "stören könnten" zulassen, zumindest unverhältnismäßig, wenn auch schon Zweifel an der Erforderlichkeit einer solchen Regelung bestehen.

Dieses Ergebnis gebietet es aber noch nicht, die Verordnungsermächtigung in den Gemeindeordnungen als nichtig anzusehen. Der Gesetzestext ist vielmehr verfassungskonform dahin auszulegen, daß eine Versagung der Genehmigung zulässig ist, wenn die Kreditbedingungen die G e f a h r einer ungünstigen Beeinflussung der Entwicklung am Kreditmarkt oder einer Störung der Versorgung der Gemeinden mit wirtschaftlich vertretbaren Krediten mit sich bringen. Die Ver-

---

1 Vgl. zum Übermaßverbot im Polizeirecht insgesamt Drews/Wacke/Vogel/Martens, aaO., S. 154 ff.

sagungsgründe ließen sich etwa wie folgt formulieren: "..., wenn die Kreditbedingungen eine Gefahr für den Kreditmarkt oder die Versorgung der Gemeinden mit wirtschaftlich vertretbaren Krediten bedeuten". Bei einer solchen Auslegung ist die Kreditbeschränkung aus gesamtwirtschaftlichen Erwägungen nach Erlaß einer entsprechenden Rechtsverordnung nicht übermäßig und daher eine rechtmäßige gesetzliche Ausgestaltung des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG.

3. Ausnahmen von dem Verbot?

a) Nach Art. 71 Abs. 5 bayGO

Nach dem eindeutigen Wortlaut von Art. 71 Abs. 5 S. 2 bayGO "ist" die Einzelgenehmigung zu versagen, wenn einer der Gründe, die eine Ablehnung rechtfertigen, vorliegt. Es besteht somit keine Möglichkeit, in Fällen, in denen die Kreditbeschränkung eine Gemeinde unverhältnismäßig hart trifft, ausnahmsweise auch einen Kreditvertrag zu "schädlichen" Bedingungen zu genehmigen[1]. Eine solche Möglichkeit wird jedoch, wie bereits erörtert, auch vom Übermaßverbot nicht gefordert.

b) Nach den übrigen Gemeindeordnungen

Nach den übrigen Gemeindeordnungen, die eine Kreditbeschränkung dieser Art vorsehen, "kann" die Genehmigung versagt werden, wenn ein Versagungsgrund vorliegt. Die Wendung "kann versagt werden, wenn" wirft

---

1 Im Ergebnis ebenso Masson/Samper, Art. 71 bayGO Anm. 14.

die Frage auf, ob die Aufsichtsbehörde die Genehmigung auch erteilen darf, wenn die Kreditbedingungen "gefährlich" sind, ob sie also Ausnahmen von dem Verbot der Aufnahme "schädlicher" Kredite zulassen kann. Dieselbe Frage hat sich für alle Gemeindeordnungen mit Ausnahme der hessischen auch schon oben bei der Erörterung der Einzelgenehmigungspflicht nach Erlaß einer kreditbeschränkenden Rechtsverordnung aufgrund von § 19 StWG gestellt. Dort war sie zu verneinen, weil die Genehmigungspflicht nur der Durchsetzung einer bundesrechtlichen Beschränkung diente, die Ausnahmen nicht zuließ[1]. Hier handelt es sich dagegen um eine Einzelgenehmigungspflicht zur Kontrolle der Beachtung eines landesrechtlichen Verbots, von dem die Länder selbst Ausnahmen zulassen können.

Die amtlichen Begründungen weisen als Zweck der Genehmigungspflicht aus, daß die Gemeinden Kreditbedingungen akzeptieren, die für den Kreditmarkt, vor allem aber für den Kommunalkredit, schädlich sind[2]. Dies spricht nicht zwingend dagegen, daß die Genehmigungsbehörden im Einzelfall zur Zulassung einer Ausnahme von dem Verbot ermächtigt sein sollen, ist aber doch ein wichtiges Argument. Denn anderenfalls hätte es nahegelegen, darauf hinzuweisen, daß für Härtefälle Ausnahmemöglichkeiten bestünden.

Nach der Systematik der Bestimmungen über die Kreditaufnahme der Gemeinden handelt es sich hier um eine Ausnahme von der generellen Abschaffung der Einzelgenehmigungspflicht. Zunächst wird ausgesprochen, daß die Einzelgenehmigungspflicht eingeführt werden

---

1 Vgl. oben S. 194.

2 Vgl. oben S. 203.

könne. Da es das Selbstverwaltungsrecht gebietet, daß die Gemeinde Anspruch auf Erteilung der Genehmigung hat, wenn Versagungsgründe nicht vorliegen, mußte der Gesetzgeber nun noch die Voraussetzungen einer Versagung nennen. Das hat er mit den Worten "kann versagt werden, wenn..." getan. In dem "kann" liegt also zunächst eine notwendige Ermächtigung zum Erlaß eines belastenden Verwaltungsaktes zur Durchsetzung des in der Verordnung enthaltenen Verbots, "schädliche" Kreditbedingungen zu akzeptieren. Dieses Verbot muß die Aufsichtsbehörde nach dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung beachten, solange sie nicht ausdrücklich zu Abweichungen ermächtigt ist. Da keine Gesichtspunkte erkennbar sind, die eindeutig darauf schließen lassen, daß das Verbot ausnahmsweise nicht befolgt zu werden braucht, bleibt es bei der gesetzlichen Regel.

Somit ist auch nach den Gemeindeordnungen von Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, des Saarlandes und von Schleswig-Holstein die Genehmigung ausnahmslos zu versagen, wenn die Kreditbedingungen die Gefahr einer ungünstigen Beeinflussung der Entwicklung am Kreditmarkt oder einer Störung der Versorgung der Gemeinden mit wirtschaftlich vertretbaren Krediten mit sich bringen[1].

---

1 A.A. anscheinend Scheel/Steup, § 72 nwGO Anm. II 7, S. 123.

§ 13 Die Einzelgenehmigung bei vorläufiger Haushaltsführung

I. Die Kreditaufnahme vor Bekanntmachung der neuen Haushaltssatzung

Nach allen Gemeindeordnungen, mit Ausnahme der saarländischen[1], muß[2] oder soll[3] die Gemeinde die vom Rat beschlossene Haushaltssatzung spätestens einen Monat vor Beginn des Haushaltsjahres der Aufsichtsbehörde vorlegen. Hält die Gemeinde diese Frist nicht ein, verzögert sich die Prüfung durch die Aufsichtsbehörde oder machen Beanstandungen oder die Versagung der Genehmigung eines genehmigungspflichtigen Teils eine erneute Beschlußfassung des Rates erforderlich, so kann es vorkommen, daß die Haushaltssatzung zu Beginn des Haushaltsjahres noch nicht bekannt gemacht ist. Wird sie dann später bekannt gemacht, tritt sie zwar rückwirkend[4] in Kraft. In der Zwischenzeit fehlt es jedoch an einer wirksamen Ermächtigung

---

1 Gem. § 84 Abs. 2 S. 2 saarGO soll die Haushaltssatzung "bis zum Beginn des Haushaltsjahres" vorgelegt werden.

2 Art. 65 Abs. 3 bayGO.

3 § 81 Abs. 3 bawüGO; § 97 Abs. 4 hessGO; § 86 Abs. 1 nsGO; § 66 Abs. 5 nwGO; § 97 Abs. 1 S. 1 rhpfGO; § 79 Abs. 2 shGO.

4 Die Haushaltssatzung tritt stets mit Beginn des Haushaltsjahres in Kraft. Vgl. z.B. Art. 63 Abs. 3 bayGO; § 77 Abs. 3 S. 1 shGO. Sie wird deshalb rückwirkend wirksam, wenn die Bekanntmachung erst nach Beginn des Haushaltsjahres erfolgt. Kunze/Bronner/Rehm, § 79 Anm. III 1. Da es sich hier um eine Rückwirkung kraft Gesetzes handelt, gibt sich die Satzung nicht selbst rückwirkende Kraft, so daß auch unter diesem Aspekt eine Genehmigungspflicht nicht besteht. Surén, Gemeindewirtschaftsrecht, S. 465.

der Gemeindeverwaltung für die Leistung von Ausgaben und die Erhebung von Einnahmen, also auch für die Aufnahme von Krediten. Deshalb bestimmen die Gemeindeordnungen, daß die Gemeinden in der Zeit zwischen Beginn des Haushaltsjahres und Bekanntmachung[1] der Haushaltssatzung Ausgaben leisten dürfen, zu denen sie rechtlich verpflichtet sind oder die für die Weiterführung notwendiger Aufgaben unaufschiebbar sind; hervorgehoben werden Bauten, Beschaffungen und sonstige Leistungen des Vermögenshaushalts, für die im Vorjahr Leistungen vorgesehen waren[2].

Für den Fall, daß die sonstigen Mittel zur Deckung dieser Ausgaben nicht ausreichen, lassen die Gemeindeordnungen übereinstimmend zu, daß die Gemeinden bis zu einer bestimmten Höchstgrenze mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde Kredite aufnehmen[3]. Der Höchstbetrag beläuft sich in Baden-Württemberg und Bayern auf 1/4 des Durchschnitts der Kreditermächtigung der beiden Vorjahre, in den übrigen Bundesländern auf 1/4 der Kreditermächtigung des Vorjahres. Es handelt sich hier somit um einen Sonderfall der Einzelgenehmigung;

---

1 Mit "erlassen" in § 83 Abs. 1 bawüGO ist dasselbe gemeint wie in den übrigen Ländern mit "bekanntgemacht", da erst mit der Bekanntmachung das Rechtsetzungsverfahren abgeschlossen, die Satzung also erlassen ist.

2 § 83 Abs. 1 Nr. 1 bawüGO; Art. 69 Abs. 1 Nr. 1 bayGO; § 99 Abs. 1 Nr. 1 hessGO; § 88 Abs. 1 Nr. 1 nsGO; § 68 Abs. 1 Nr. 1 nwGO; § 99 Abs. 1 Nr. 1 rhpfGO; § 86 Abs. 1 Nr. 1 saarGO;§ 81 Abs. 1 Nr. 1 shGO.

3 Jeweils Abs. 2 S. 1 der in der vorigen Fußnote genannten Paragraphen.

jeder einzelne Kreditvertrag bedarf zu seiner Wirksamkeit der Genehmigung[1]. Erreicht die Summe aller Kredite den Höchstbetrag, ist jede weitere Kreditaufnahme unzulässig.

II. Voraussetzungen der Genehmigungserteilung

Hinsichtlich der Kriterien der Genehmigungserteilung verweisen die Gemeindeordnungen jeweils auf die für die Gesamtbetragsgenehmigung geltenden Vorschriften[2]. § 83 Abs. 2 S. 2 bawüGO macht insofern eine Ausnahme, als dort nur die entsprechende Anwendbarkeit von § 87 Abs. 2 S. 2 bawüGO, nicht auch von Satz 3 dieser Vorschrift angeordnet wird.

Hieraus folgt nach den bei der Untersuchung der Gesamtbetragsgenehmigung gewonnenen Ergebnissen zunächst, daß die Gemeinde Anspruch auf Erteilung der Genehmigung hat, wenn die Kreditaufnahme mit den Grundsätzen einer geordneten Haushaltswirtschaft vereinbar ist. Diese Voraussetzung wurde bei der Gesamtbetragsgenehmigung als erfüllt angesehen, wenn alle für die Kreditaufnahme relevanten Haushaltsgrundsätze beachtet sind: Fähigkeit zur stetigen Aufgabenerfüllung, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit, Ausgeglichenheit des Haushaltsplans, Kreditaufnahme nur für Investitionen, Investitionsförderungsmaßnahmen und zur Umschuldung sowie Subsidiarität der Kreditaufnahme.

---

1 Vgl. statt aller Kunze/Bronner/Rehm, § 83 Anm. II 4; Scheel/Steup, § 68 nwGO Anm. II 2.

2 Jeweils Abs. 2 S. 2 der auf S. 216 Fn. 2 erwähnten Vorschriften.

Für Kreditaufnahmen im Rahmen der vorläufigen Haushaltsführung ist der Grundsatz der Ausgeglichenheit des Haushaltsplans nicht relevant, da sie ja gerade außerhalb eines gültigen Haushaltsgefüges erfolgen.

Das Verbot, Kredite für andere Zwecke als zur Finanzierung von Investitionen, Investitionsförderungsmaßnahmen und zur Umschuldung aufzunehmen, gilt hier in der Form, daß Kredite nur zur Finanzierung der gerade im Rahmen der vorläufigen Haushaltsführung getätigten Ausgaben zulässig sind. Die Aufsichtsbehörde muß deshalb bei der Prüfung jeder einzelnen Kreditaufnahme darauf achten, daß diese zusammen mit der Summe der bisher genehmigten Kredite nicht größer ist als die Differenz zwischen den Ausgaben des Vermögenshaushalts in der haushaltslosen Zeit und den zu ihrer Finanzierung verwendeten anderen Deckungsmitteln. Dies kann sie dadurch sicherstellen, daß sie eine Kreditaufnahme nur dann genehmigt, wenn ihr ein Verwendungsnachweis vorgelegt wird, der auch eine Übersicht über die Finanzierung der bisherigen vermögenswirksamen Ausgaben enthält.

Das Gebot der Subsidiarität der Kreditaufnahme gilt auch hier[1]. Dadurch, daß eine Kreditaufnahme nach den für die vorläufige Haushaltsführung geltenden Grundsätzen nur zulässig ist, wenn die sonstigen Deckungsmittel nicht ausreichen, erhält es aber eine zusätzliche Komponente: Da mangels rechtzeitiger Bekanntmachung der Haushaltssatzung die Kreditermächtigung

---

1 Vgl. Kunze/Bronner/Rehm § 83 Anm. II 2.

des vorletzten Jahres noch gilt[1], gehören zu den anderen Deckungsmitteln auch Kreditaufnahmen aus nicht ausgenutzten Kreditermächtigungen der beiden Vorjahre[2]. Die Aufsichtsbehörde muß sich deshalb vor Erteilung der Einzelgenehmigung davon überzeugen, daß die Kreditermächtigungen der letzten zwei Haushaltsjahre restlos ausgenutzt sind.

In Bayern, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein und im Saarland kann eine Genehmigungserteilung unter den oben bei der Gesamtbetragsgenehmigung erörterten Voraussetzungen ausnahmsweise auch dann zulässig und geboten sein, wenn die Kreditaufnahme mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde nicht vereinbar ist[3]. Auch dies folgt aus der uneingeschränkten Verweisung auf die für die Gesamtbetragsgenehmigung geltenden Grundsätze; es sollte allerdings in der Praxis nicht vorkommen, daß schon in der haushaltslosen Zeit eine Kreditaufnahme erforderlich wird, die die dauernde Leistungsfähigkeit der Gemeinde übersteigt. In Rheinland-Pfalz ist die Genehmigung in einem solchen Fall wie bei der Gesamtbetragsgenehmigung ausnahmslos zu versagen.

Daß in § 83 Abs. 2 S. 2 bawüGO nicht auch auf § 87 Abs. 2 S. 3 bawüGO verwiesen ist, schafft für Baden-Württemberg Auslegungsprobleme. Da die einzelnen Haushaltsgrundsätze, deren Beachtung die Haushaltswirtschaft "geordnet" macht, Ausnahmen nicht zulassen, ist die

---

1 § 87 Abs. 3 bawüGO; Art. 71 Abs. 3 bayGO; § 103 Abs. 3 hessGO; § 92 Abs. 3 nsGO; § 92 Abs. 3 nsGO; § 72 Abs. 3 nwGO; § 103 Abs. 3 rhpfGO; § 90 Abs. 3 saarGO; § 85 Abs. 3 shGO.

2 Scheel/Steup, § 68 nwGO Anm. II 2; Lüersen/Neuffer, § 88 Anm. 4; Kunze/Bronner/Rehm, § 83 Anm. II 2b.

3 Unrichtig daher Galette/Laux/v. Scheliha, § 81 shGO Anm. 4, wonach die Genehmigung ausnahmslos versagt werden muß, wenn die Kreditverpflichtungen mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde nicht im Einklang stehen.

Genehmigung zu einer Kreditaufnahme zu versagen, sofern nicht speziell hierfür eine Sonderregelung besteht. Eine solche Ausnahmeregelung enthält § 87 Abs. 2 S. 3 bawüGO für den Fall, daß der Gesamtbetrag der Kreditaufnahme die dauernde Leistungsfähigkeit der Gemeinde übersteigt. Sie fehlt dagegen mangels Verweisung in § 83 Abs. 2 S. 2 bawüGO für die Einzelgenehmigung bei vorläufiger Haushaltsführung. Daraus könnte man schließen, daß die Einzelgenehmigung bei fehlender Vereinbarkeit mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde stets zu versagen sei.

Für eine solche Abweichung von der für die Gesamtbetragsgenehmigung und für die Einzelgenehmigung bei kreditähnlichen Zahlungsverpflichtungen[1] getroffenen Regelung wäre jedoch ein sachlicher Grund nicht ersichtlich. Der Gesetzgeber ist offenbar der Auffassung gewesen, das "soll" in § 87 Abs. 2 S. 2, 1. Halbs. bawüGO lasse der Genehmigungsbehörde hinreichenden Spielraum. Auch für Baden-Württemberg gilt deshalb, daß die Einzelgenehmigung bei vorläufiger Haushaltsführung unter denselben Voraussetzungen wie bei der Gesamtbetragsgenehmigung ausnahmsweise auch dann erteilt werden kann oder gar muß, wenn die Verpflichtungen aus der Kreditaufnahme die dauernde Leistungsfähigkeit der Gemeinde übesteigen[2].

Nicht zu prüfen hat die Aufsichtsbehörde, ob die

---

1 § 87 Abs. 5 S. 2 bawüGO. Dazu unten § 14.

2 Im Ergebnis ebenso Kunze/Bronner/Rehm, § 83 Anm. II 4 jedoch unter Zugrundelegung eines unrichtig wiedergegebenen Gesetzestextes.

A u s g a b e n , deren Deckung die Kreditaufnahme dient, den für die vorläufige Haushaltsführung geltenden Grundsätzen entsprechen. Denn nur der Kreditvertrag selbst, nicht die Verwendung der Kreditmittel, unterliegt dem präventiven Genehmigungsvorbehalt. Sie darf deshalb die Genehmigung eines Kreditvertrages nicht mit der Begründung versagen, die Ausgabe, deren Finanzierung er diene, sei im Rahmen einer vorläufigen Haushaltsführung nicht zulässig, weil für sie keine rechtliche Verpflichtung bestehe und sie auch nicht für die Weiterführung einer notwendigen Aufgabe unabweisbar sei. Sie muß vielmehr schon gegen die Ausgabe mit den allgemeinen Mitteln der Kommunalaufsicht vorgehen.

Wegen der Verweisung auf die für die Gesamtbetragsgenehmigung geltenden Vorschriften ist die Erteilung der Genehmigung unter Bedingungen und Auflagen zulässig[1]. Bedenken gegen Bedingungen bestehen bei der Einzelgenehmigung nicht, da es sich hier nicht um die Genehmigung einer Rechtsnorm handelt und Kreditverträge auch ihrer Natur nach nicht bedingungsfeindlich sind. Da auf die Erteilung der Genehmigung aus dem Selbstverwaltungsrecht Anspruch besteht, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen der Kreditaufnahme vorliegen, dürfen die Nebenbestimmungen nur dazu dienen, die Erfüllung dieser Voraussetzungen sicherzustellen[2]. Als Bedingung oder Auflage kommt allein in Betracht, daß die Gemeinde den Kredit für eine bestimmte Investition verwendet. Eine Bedingung die-

---

1 Ebenso Kottenberg/Rehn, § 68 Anm. III 3; Kunze/Bronner/Rehm, § 83 Anm. II 4.

2 Vgl. § 36 Abs. I VwVfG; Wolff/Bachof I, § 49 Anm. IIa.

ses Inhalts ist allerdings nur praktikabel, wenn die Zahlung des Kreditgebers unmittelbar an den Gläubiger der Gemeinde erfolgt. Mit der Zahlung tritt die Bedingung ein und der Kreditvertrag wird wirksam. Fließt das Geld zunächst der Gemeinde zu, zahlt der Kreditgeber aufgrund eines schwebend unwirksamen Darlehnsvertrages. Er trägt dann das Risiko, daß der Vertrag mangels bedingungsgemäßer Verwendung des Kredits nicht wirksam wird und das Geld nur nach Bereicherungsrecht zurückgefordert werden kann.

§ 14 Die Genehmigung von Rechtsgeschäften, die wirtschaftlich einer Kreditaufnahme gleichkommen

I. Sachlicher Umfang der Genehmigungspflicht

Gemäß Art. 72 Abs. 1 der bayerischen Gemeindeordnung bedarf der "Abschluß von Rechtsgeschäften, die der Kreditaufnahme wirtschaftlich gleichkommen", der Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Nach den übrigen Gemeindeordnungen ist die "Begründung einer Zahlungsverpflichtung, die wirtschaftlich einer Kreditverpflichtung gleichkommt," genehmigungspflichtig[1].

Aus der Formulierung "Begründung einer Zahlungsverpflichtung" statt "Rechtsgeschäft" entnehmen Scheel/

---

1 § 87 Abs. 5 S. 1 bawüGO; § 103 Abs. 7 S. 1 hessGO; § 92 Abs. 6 S. 1 nsGO; § 72 Abs. 6 S. 1 nwGO; § 103 Abs. 6 S. 1 rhpfGO; § 90 Abs. 6 S. 1 saarGO; § 85 Abs. 5 S. 1 shGO.

Steup[1] und Kunze/Bronner/Rehm[2], daß auch Vorgänge, die nicht Rechtsgeschäfte sind, jedoch wirtschaftlich einer Kreditaufnahme gleichkommen, der Genehmigungspflicht unterliegen. Scheel/Steup nennen als Beispiele die durch Verwaltungsakt erfolgende Verrentung einer Enteignungsentschädigung gem. § 99 Abs. 1 S. 2 BBauG oder einer Abfindung gem. § 59 Abs. 5 i.V.m. § 99 Abs. 1 S. 2 BBauG[3].

Dieser Ansicht steht jedoch zunächst entgegen, daß z.B. nach § 117 Abs. 1 bawüGO und § 104 Abs. 1 nwGO unverändert nur "Rechtsgeschäfte", die ohne die erforderliche Genehmigung der Aufsichtsbehörde abgeschlossen werden, unwirksam sind. Hätte der Gesetzgeber auch die Begründung von Zahlungsverpflichtungen auf andere Weise als durch Rechtsgeschäft in die Genehmigungspflicht einbeziehen wollen, hätte es nahegelegen, auch für sie die Unwirksamkeit bei Fehlen der Genehmigung anzuordnen. Auch die Entstehungsgeschichte läßt nicht den von den genannten Autoren gezogenen Schluß zu. Denn auch dort ist nur von "Rechtsgeschäften" die Rede[4]. Schließlich zeigen auch gerade die

---

1 § 72 nwGO Anm. II 8, S. 125.

2 § 87 Anm. V 3.

3 AaO.

4 Vgl. etwa die amtl. Begründungen zu § 103 Abs. 7 hessGO und § 72 Abs. 6 nsGO. Dasselbe gilt für die Verwaltungsvorschriften. Vgl. z.B. Ziff. 4 des RdErl. des nwIM v. 14.1.1974 (MBl. S. 154) und Ziff. 4 des RdSchr. des rhpf MdI v. 20.1. 1975 (MinBl. Sp. 114).

von Scheel/Steup genannten Beispiele, daß eine Ausdehnung der Genehmigungspflicht auf Verwaltungsakte weitgehend wirkungslos wäre. Die auf Bundesrecht beruhende Verpflichtung der Gemeinde zur Verrentung der Enteignungsentschädigung oder Abfindung unter bestimmten Voraussetzungen könnte der Landesgesetzgeber wegen Art. 31 GG nicht durch einen Genehmigungsvorbehalt einschränken.

Die praktisch bedeutsamsten Beispiele von Rechtsgeschäften, die einer Kreditaufnahme wirtschaftlich gleichkommen, sind Stundung von Zahlungsverpflichtungen der Gemeinde, insbesondere solchen aus Kaufverträgen, Werklieferungsverträgen, Leibrentenverträgen und Leasingverträgen[1]. Gerade den Leasingverträgen wird in den amtlichen Begründungen und im Schrifttum zunehmende Bedeutung beigemessen[2]. Es ist jedoch zu beachten, daß in der Wirtschaft nicht selten zu reinen Werbungszwecken Verträge als "Leasingverträge" bezeichnet werden, die ihrem Inhalt nach gewöhnliche Mietverträge sind[3]. Solche Verträge unterliegen für die Gemeinden nicht der Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Ein "echter" Leasingvertrag liegt nach dem inzwischen üblich gewordenen Sprachgebrauch nur dann vor, wenn der Leasinggeber wie beim Kauf und

---

1 Vgl. Kunze/Bronner/Rehm, § 87 Anm. V 3; Scheel/Steup, § 72 nwGO Anm. II 8, S. 125 ff.

2 Vgl. die Nachweise S.223 Fn. 4 sowie etwa Pagenkopf, Kommunalrecht II, S. 244 ff.; Depiereux, Das neue Haushaltsrecht der Gemeinden, S. 100; Rauball/Rauball, § 72 Anm. 10; Hofmann/Beth/Dreibus, § 103 rhpfGO Anm. 7.

3 Vgl. Palandt/Putzo, Einf. 4a vor § 535 BGB.

anders als bei der Miete von Gefahr und Haftung für Untergang, Beschädigung und Instandhaltung der Sache freigestellt ist[1]. In einem solchen Fall kommt das Rechtsgeschäft wirtschaftlich einer Kreditaufnahme gleich, da die Gemeinde für die Zeit, in der ihr die Sache vertraglich überlassen ist, die Rechtsstellung eines Käufers hat, ohne den Kaufpreis in einer Summe zu zahlen. Darauf, ob der Gemeinde eine Option auf den Erwerb des Gegenstandes nach Ablauf des Leasingvertrages oder früher eingeräumt ist, kommt es nicht an[2].

II. Ausnahmen von der Genehmigungspflicht

Nach allen Gemeindeordnungen, mit Ausnahme der bayerischen und der schleswig-holsteinischen, sind Rechtsgeschäfte, die wirtschaftlich einer Kreditaufnahme gleichkommen, genehmigungsfrei, wenn sie im Rahmen der "laufenden Verwaltung" vorgenommen werden[3]. Hierunter sind solche Rechtsgeschäfte zu verstehen, die mit einer gewissen Regelmäßigkeit vorgenommen zu werden pflegen und bezogen auf Größe und Leistungsfähigkeit der Gemeinde ohne besondere Bedeutung

---

1 Vgl. Palandt/Putzo, aaO.

2 Vgl. Kunze/Bronner/Rehm, § 87 Anm. V 3c.

3 § 87 Abs. 5 S. 3 bawüGO; Art. 72 Abs. 4 bayGO; § 103 Abs. 7 S. 2 hessGO; § 92 Abs. 6 S. 2 nsGO; § 72 Abs. 6 S. 2 nwGO; § 103 Abs. 6 S. 2 rhpfGO; § 90 Abs. 6 S. 2 saarGO.

sind[1]. Als Beispiele sind zu nennen etwa die unter Stundung des Kaufpreises vorgenommene Beschaffung von Bürobedarf oder Brennstoff oder von Baustoffen für die laufende Straßenunterhaltung[2]. In Hessen entfällt die Genehmigungspflicht auch dann, wenn Vertragspartner der Gemeinde das Land und der Innenminister am Vertragsschluß beteiligt ist[3].

In Baden-Württemberg ist das Innenministerium ermächtigt, die Genehmigung für Rechtsgeschäfte allgemein zu erteilen, die zur Erfüllung bestimmter Aufgaben dienen oder den Haushalt der Gemeinden nicht besonders belasten[4]. In Bayern und Schleswig-Holstein können

---

1 Vgl. Scheel/Steup, § 72 nwGO Anm. II 8, S. 126; Kunze/Bronner/Rehm, § 87 Anm. V 7. Die für die Befugnis des Hauptgemeindebeamten, die Geschäfte der laufenden Verwaltung unabhängig vom Rat zu führen, entwickelten Grundsätze - dazu etwa Zuhorn/Hoppe, S. 172 ff.; Kunze/Bronner/Rehm, § 44 Anm. II 2-4; jeweils m.w.N. - lassen sich auf das Verhältnis zwischen Gemeinde und Aufsichtsbehörde nicht unbesehen übertragen. Im Verhältnis Rat - Hauptgemeindebeamter kommt es entscheidend darauf an, daß die Gestaltungsmöglichkeiten des ersteren nicht übermäßig beschnitten werden. Im Verhältnis Gemeinde - Aufsichtsbehörde steht dagegen die Kontrolle der Leistungsfähigkeit der Gemeinde im Vordergrund. In Nordrhein-Westfalen kommt hinzu, daß zweifelhaft ist, ob dem in § 28 Abs. 3, nicht aber in § 72 Abs. 6 GO hinzugefügten Wort "einfache" eine einschränkende Bedeutung zukommt. Vgl. hierzu v. Loebell/Oerter, § 28 Anm. 9; Scheel/Steup, § 72 nwGO Anm. II 8, S. 126.

2 Vgl. Scheel/Steup, aaO.

3 § 103 Abs. 7 S. 2 i.V.m. § 103 Abs. 6 hessGO.

4 § 87 Abs. 5 S. 4 bawüGO.

durch Rechtsverordnung des Innenministers - in Bayern im Einvernehmen mit dem Finanzminister - jeweils Rechtsgeschäfte von der Genehmigung freigestellt werden, die zur Erfüllung bestimmter Aufgaben vorgenommen werden oder ihrer Natur nach regelmäßig wiederkehren[1]. Darüber hinaus können in Bayern Rechtsgeschäfte von der Genehmigungspflicht freigestellt werden, die für die Gemeinden keine besondere Belastung bedeuten[2], in Schleswig-Holstein solche, bei denen bestimmte Beträge nicht überschritten werden[3]. Von der jeweiligen Ermächtigung ist in allen drei Bundesländern Gebrauch gemacht worden[4].

III. Kriterien der Genehmigungserteilung

Sämtliche Gemeindeordnungen verweisen auf die für die Entscheidung über die Erteilung der Gesamtbetragsgenehmigung maßgeblichen Kriterien[5]. Folglich ist die Genehmigung stets zu erteilen, wenn das einer Kreditaufnahme wirtschaftlich gleichkommende Rechtsgeschäft mit den Grundsätzen einer geordneten Haushaltswirtschaft vereinbar ist und ansonsten zu versagen. Außer in Rheinland-Pfalz kann jedoch ausnahmsweise eine Erteilung der Genehmigung auch dann zulässig sein, wenn die Verpflichtungen aus dem Rechtsge-

---

1 Art. 72 Abs. 5 Nr. 1 u. 3 bayGO; § 85 Abs. 6 Nr. 2, 1. u. 2. Alt. shGO.

2 Art. 72 Abs. 5 Nr. 2 bayGO.

3 § 85 Abs. 6 Nr. 2, 3. Alt. shGO.

4 Erlaß des bawüIM v. 31.3.1976 (StA Nr. 27, S. 6); bayVO v. 4.6.1974 (GVBl. S. 268); shVO v. 8.5. 1973 (GVOBl. S. 220).

5 § 87 Abs. 5 S. 2 bawüGO; Art. 72 Abs. 4 bayGO; § 103 Abs. 7 S. 2 hessGO; § 92 Abs. 6 S. 2 nsGO; § 72 Abs. 6 S. 2 nwGO; § 103 Abs. 6 S. 2 rhpfGO; § 90 Abs. 6 S. 2 saarGO; § 85 Abs. 5 S. 2 shGO.

schäft die dauernde Leistungsfähigkeit der Gemeinde übersteigen[1]. Als Beispiel ist etwa ein Leasingvertrag über ein zur Aufgabenerfüllung der Gemeinde unabweisbar und unaufschiebbar benötigtes Gebäude denkbar. Da die einer Kreditaufnahme wirtschaftlich gleichkommenden Rechtsgeschäfte nicht in den genehmigten Gesamtbetrag der Kreditaufnahme eingerechnet werden[2], bieten sie den Gemeinden eine Möglichkeit, bei der Genehmigung der Kreditermächtigung durch die Aufsichtsbehörde gezogene Grenezen zu umgehen. Deshalb ist bei ihrer Überprüfung im Genehmigungsverfahren besondere Sorgfalt geboten.

Einer Erteilung der Genehmigung unter Bedingungen und Auflagen stehen auch hier rechtliche Bedenken nicht entgegen[3]. Insoweit gilt das für die Einzelgenehmigung bei vorläufiger Haushaltsführung Gesagte entsprechend.

§ 15 Die Zulassung von Ausnahmen vom Verbot der Kreditbesicherung

I. Das Verbot

Nach allen Gemeindeordnungen dürfen die Gemeinden keine Sicherheiten für ihnen gewährte Kredite be-

---

1 Zu eng daher Galette/Laux/v. Scheliha, § 85 shGO Anm. 8a.

2 Vgl. statt aller Masson/Samper, Art. 71 bayGO Anm. 1a.E.

3 Galette/Laux/v. Scheliha, § 85 shGO Anm. 8a; Kunze/Bronner/Rehm, § 87 Anm. V 4.

stellen. Die Aufsichtsbehörde kann jedoch Ausnahmen zulassen, wenn die Bestellung von Sicherheiten "der Verkehrsübung" entspricht, in Rheinland-Pfalz, wenn sie "üblich" ist[1]. Das Verbot umfaßt auch schon die schuldrechtliche Verpflichtung zur Bestellung einer Sicherheit[2]. Denn es ist trotz des Wortlauts des Gesetzes, der auf ein Verbot nur des dinglichen Rechtsgeschäfts - z.B. der Eintragungsbewilligung für eine Grundschuld - hindeuten könnte, kein Grund dafür ersichtlich, daß die bloße Verpflichtung zur Bestellung der Sicherheit erlaubt sein sollte.

Als Sicherheit kommt neben der Bestellung von Hypotheken und Grundschulden die Verpfändung oder Sicherungsübereignung beweglicher Sachen in Betracht. Denkbar ist aber auch die Sicherungsabtretung oder Verpfändung einer Forderung, soweit nicht schon Abtretungs- oder Verpfändungsverbote aus anderen Vorschriften[3] entgegenstehen.

Dem Besicherungsverbot unterliegen nicht nur "Kredite" im eigentlichen Sinne, sondern auch die wirtschaftlich einer Kreditaufnahme gleichkommenden Rechtsge-

---

1 § 87 Abs. 6 bawüGO; Art. 71 Abs. 6 bayGO; § 103 Abs. 8 hessGO; § 92 Abs. 7 nsGO; § 72 Abs. 7 nwGO; § 103 Abs. 7 rhpfGO; § 90 Abs. 7 saarGO; § 85 Abs. 7 shGO.

2 Ebenso Kunze/Bronner/Rehm, § 87 Anm. VI 8. Zweifelnd Galette/Laux/v. Scheliha, § 85 shGO Anm. 10.

3 Z.B. Aus den §§ 399, 400, 1274 Abs. 2 BGB.

schäfte[1]. Dies folgt, außer in Bayern, schon daraus, daß das Verbot jeweils im selben Paragraphen im Anschluß an die Genehmigungsvorbehalte für Kredite und einer Kreditaufnahme wirtschaftlich gleichkommende Rechtsgeschäfte normiert wird. Hinzu kommt, daß nach allen Gemeindeordnungen auch die Bestellung von Sicherheiten zu Gunsten Dritter verboten ist[2]. Die Gemeinde soll also möglichst überhaupt keine Sicherheiten bestellen, gleich zu welchem Zweck. Schließlich ist Grund des Verbots, daß die Gemeinde ihren Gläubigern schon wegen ihrer allgemeinen Finanzkraft für die Erfüllung ihrer Zahlungsverpflichtungen gut zu sein hat und daher der Kommunalkredit grundsätzlich Sicherheiten nicht erfordert[3]. Hierbei macht es aber keinen Unterschied, ob es sich um eine Kreditaufnahme im engeren Sinne oder um ein ihr wirtschaftlich gleichkommendes Rechtsgeschäft handelt.

---

1 Kunze/Bronner/Rehm, § 87 Anm. VI 3.
A.A. Galette/Laux/v. Scheliha, § 85 shGO, Anm. 10; Masson/Samper, Art. 71 bayGO Anm. 15; Scheel/Steup, § 72 nwGO Anm. II 9.

2 § 88 Abs. 1 bawüGO; Art. 72 Abs. 3 bayGO - hier handelt es sich allerdings nur um ein präventives Verbot, wie sich aus Art. 72 Abs. 4 ergibt; § 104 Abs. 1 hessGO; § 93 Abs. 1 nsGO; § 104 Abs. 1 rhpfGO; § 91 Abs. 1 saarGO; § 86 Abs. 1 shGO.

3 Vgl. etwa die amtl. Begründung zu § 72 Abs. 7 nwGO und § 103 Abs. 8 hessGO. Vgl. ferner die §§ 1 Nr. 4, 41 HypBankG und § 8 des Gesetzes über die Pfandbriefe und verwandten Schuldverschreibungen öffentlich-rechtlicher Kreditanstalten, wonach jeweils die ungesicherten Kommunaldarlehen den durch Hypothekendarlehen gesicherten sonstigen Forderungen deckungsmäßig gleichstehen.

II. Voraussetzungen der Zulassung einer Ausnahme

Die Zulassung einer Ausnahme setzt zunächst voraus, daß die Bestellung einer Sicherheit in Fällen wie dem konkret zu beurteilenden "der Verkehrsübung" entspricht, bzw. in Rheinland-Pfalz, daß sie "üblich" ist. Erst dann stellt sich die Frage, ob die Gemeinde Anspruch auf Zulassung der Ausnahme hat, oder ob der Aufsichtsbehörde ein Ermessen zukommt.

1. Üblichkeit der Kreditbesicherung

Dafür, daß mit der Wendung "... wenn die Bestellung ... der Verkehrsübung entspricht", etwas anderes gemeint sein sollte, als mit dem einfachen Wort "üblich" in § 103 Abs. 7 S. 2 rhpfGO ist nichts ersichtlich. Die Rechtslage ist daher nach allen Gemeindeordnungen einheitlich zu beurteilen.

Bei der Frage nach der "Verkehrsüblichkeit" einer Kreditbesicherung kann nicht auf den allgemeinen Kreditmarkt abgestellt werden. Denn dort ist die Bestellung von Sicherheiten die Regel, während sie für die Gemeinden gerade die Ausnahme sein soll. Maßgeblich kann nur sein, was gerade im Kreditgeschäft mit Gemeinden üblich ist[1]. Da die Gemeindeordnungen, wie aus dem grundsätzlichen Verbot folgt, sicherheitenfeindlich eingestellt sind, ist bei der Feststellung der "Üblichkeit" einer Kreditbesicherung ein strenger Maßstab anzulegen. Das Gesetz verlangt aber nicht, daß

1 Kunze/Bronner/Rehm, § 87 Anm. VI 6. In diesem Sinne auch Ziff. 4 der VerwVO zu § 72 nwGO (RdErl. des nwIM v. 14.4.1975, MBl. S. 762) und ihr folgend Kottenberg/Rehn, § 72 Anm. VIII 2.

die Bestellung einer Sicherheit notwendig ist[1]. Die Gemeinde braucht daher nicht nachzuweisen, daß sie alles nur mögliche getan hat, einen Gläubiger zu finden, der den Kredit auch ohne Sicherheiten gewährt. Im Zweifel ist jedoch die Üblichkeit zu verneinen. Nach diesen Grundsätzen kann vor allem die Bestellung von Hypotheken und Grundschulden an Grundstücken, die mittels des besicherten Kredits mit Wohnhäusern bebaut werden sollen, als üblich angesehen werden[2].

2. Die Entscheidung der Aufsichtsbehörde - gebundener Verwaltungsakt oder Befreiung von einem repressiven Verbot?

Daß die Aufsichtsbehörde Ausnahmen zulassen "kann", bedeutet nicht notwendig, daß die Entscheidung in ihrem Ermessen steht. Man könnte deshalb das Verbot mit der Ermächtigung zur Zulassung von Ausnahmen unter der Voraussetzung, daß die Kreditbesicherung der Verkehrsübung entspricht, auch als präventiven Genehmigungsvorbehalt ansehen, der sicherstellen soll, daß die Gemeinden Sicherheiten nur im Rahmen des Üblichen bestellen[3]. Das Gesetz wäre dann wie folgt zu lesen:

---

1 Zu eng daher Kunze/Bronner/Rehm, § 87 Anm. VI 6.

2 Pagenkopf, Kommunalrecht II, S. 139; Hofmann/Beth/Dreibus, § 103 rhpfGO Anm. 8; Kunze/Bronner/Rehm, § 87 Anm. VI 6; Lüersen/Neuffer, § 92 Anm. 7; Masson/Samper, Art. 71 bayGO Anm. 16; Scheel/Steup, § 72 nwGO Anm. II 9.

3 So anscheinend Masson/Samper, Art. 71 bayGO Anm. 16; Kunze/Bronner/Rehm, § 87 Anm. VI 7.

> "Die Gemeinde darf zur Sicherung des Kredits Sicherheiten nur mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde bestellen. Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn die Bestellung von Sicherheiten der Verkehrsübung entspricht."

Dafür, daß ein bloß präventiver Genehmigungsvorbehalt vorliegt, könnte sprechen, daß bis zur Haushaltsreform nach § 81 Satz 1 nwGO a.F. und § 94 Abs. 1 S. 1 shGO a.F. die Bestellung von Sicherheiten erlaubt war, soweit sie der Verkehrsübung entsprach. Sie stand nicht einmal unter einem präventiven Genehmigungsvorbehalt. Man könnte deshalb meinen, daß die Vertreter der Länder Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein bei der Beratung des Musterentwurfs auf die Einführung lediglich eines präventiven Genehmigungsvorbehaltes hingewirkt hätten, um eine völlige Umkehrung der bisherigen Gesetzeslage in diesen beiden Ländern zu vermeiden.

Gegen die Auslegung des Gesetzes im Sinne eines präventiven Genehmigungsvorbehalts spricht aber, daß nach allen Gemeindeordnungen mit Ausnahme der bayerischen Rechtsgeschäfte über die Bestellung von Kreditsicherheiten, für die die Einwilligung der Aufsichtsbehörde nicht vorliegt, nicht nur unwirksam, sondern nichtig sind. Das Gesetz sieht also die Bestellung von Kreditsicherheiten durch die Gemeinden als etwas schlechthin Verbotenes an. Dies und die Verwendung des Begriffs "Ausnahmen zulassen" in Verbindung mit dem Wort "kann" sind aber typische Kennzeichen repressiver Verbote mit Befreiungsvorbehalt[1].

---

1 Vgl. Wolff/Bachof I, § 48 II c.

Hinzu kommt, daß ein Bedürfnis für die Besicherung eines Kredits nicht schon dann besteht, wenn die Besicherung üblich ist, sondern erst, wenn die Gemeinde im konkreten Fall ohne sie die erforderlichen Kreditmittel nicht erhalten kann. Ein genereller Anspruch der Gemeinde auf Zulassung der Ausnahme bei Verkehrsüblichkeit der Besicherung wird dem Gesetzgeber deshalb nicht vorgeschwebt und ihn zur Aufstellung eines nur präventiven Verbotes bewogen haben.

Die Normierung eines Anspruchs auf Zulassung der Ausnahme ist auch nicht durch das Selbstverwaltungsrecht von Verfassungs wegen geboten. Denn das Verbot der Kreditbesicherung entspricht nur dem im öffentlichen Haushaltswesen Üblichen. Es hat also sachliche Gründe und schränkt die Eigenverantwortlichkeit der Gemeinde nicht übermäßig ein. Für den Fall, daß es sich im Einzelfall übermäßig auswirkt, weil es es der Gemeinde unmöglich macht, überhaupt einen Kreditgeber zu finden, besteht gerade die Ermächtigung zur Zulassung von Ausnahmen.

Für Bayern scheidet nur das Argument aus, daß der Gesetzgeber ausdrücklich die Nichtigkeit von Kreditbesicherungsverträgen, die ohne Einwilligung der Aufsichtsbehörde geschlossen werden, angeordnet hat. Da Wortlaut und Stellung im Gesetz von Art. 71 Abs. 6 bayGO mit dem der anderen Gemeindeordnungen übereinstimmt[1], gilt das für diese im übrigen Gesagte auch hier.

---

1 Von der rein sprachlichen Abweichung in § 103 Abs. 7 S. 2 rhpfGO abgesehen.

Somit steht nach allen Gemeindeordnungen die Zulassung von Ausnahmen von dem Verbot der Kreditbesicherung im Ermessen der Aufsichtsbehörde[1]. Es liegt hier also nicht ein Aufsichtsmittel zur Kontrolle der Gesetzmäßigkeit des gemeindlichen Handelns, sondern eine Ermächtigung zur Befreiung von einem repressiven Verbot vor[2]. Ein Anspruch der Gemeinde auf Zulassung einer Ausnahme besteht nur, wenn die beabsichtigte Bestellung einer Sicherheit der Verkehrsübung entspricht und jede andere Entscheidung der Aufsichtsbehörde als die, die Ausnahme zuzulassen, rechtswidrig wäre, ihr Ermessen also auf diese einzige Entscheidung reduziert ist. Als Beispiel ist denkbar, daß die Gemeinde ohne Besicherung einen zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen Kredit nicht erhalten kann und die Versagung der Genehmigung deshalb das Übermaßverbot verletzen würde.

---

1 Vgl. für die nwGO Rauball/Rauball, § 72 Anm. 7; Scheel/Steup, § 72 nwGO Anm. II 9.

2 Zweifelnd Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 174 oben und Fußnote 9 sowie S. 459 Text und Fußnote 17.

Lebenslauf

Geboren wurde ich am 12. März 1949 in Münster als Sohn des Rechtsanwalts und Notars Dr. Busso Peus und seiner Ehefrau Annemarie geborene Bormann.

Nach dem Besuch der Volksschule (1955 bis 1959) und des humanistischen Gymnasiums Paulinum (1959 bis 1965, 1966 bis 1967) in Münster sowie der Gonzaga High School (September 1965 bis zur "graduation" im Juni 1966) in Washington, D.C., bestand ich am 3. Juli 1967 das Abitur.

Vom Wintersemester 1967/68 an studierte ich insgesamt acht Semester Jura, davon drei in München, eins in Lausanne und vier in Münster. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 15. Januar 1972 vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm. Vom 1. März 1972 bis zur Ablegung der zweiten juristischen Staatsprüfung am 25. November 1974 befand ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Nordrhein-Westfalen. Gleichzeitig studierte ich an der Universität Münster Betriebswirtschaftslehre und Volkswirtschaftslehre bis zur bestandenen Zwischenprüfung.

Nach dem Assessorexamen arbeitete ich im wesentlichen an der vorliegenden Dissertation. Am 1. Oktober 1975 wurde ich zum Grundwehrdienst einberufen und am 22. Oktober 1975 zur Rechtsanwaltschaft zugelassen. Nach der Entlassung aus der Bundeswehr zum 31. Dezember 1976 und einem Monat weiterer Arbeit an der Dissertation trat ich am 1. Februar 1977 als angestellter Anwalt in eine Anwalts- und Wirtschaftsprüferpraxis in Düsseldorf ein.